REPORT 19

WRITS OF ASSISTANCE

AND

TELEWARRANTS

© Minister of Supply and Services Canada 1983

Available by mail free of charge from

Law Reform Commission of Canada
130 Albert St., 7th Floor
Ottawa, Canada
K1A 0L6

or

Suite 310
Place du Canada
Montréal, Québec
H3B 2N2

Catalogue No. J31-39/1983
ISBN 0-662-52315-9

REPORT

ON

WRITS OF ASSISTANCE
AND
TELEWARRANTS

July, 1983

The Honourable Mark MacGuigan, P.C., M.P.,
Minister of Justice
and Attorney General of Canada,
Ottawa, Canada.

Dear Mr. Minister:

In accordance with the provisions of section 16 of the *Law Reform Commission Act*, we have the honour to submit herewith this report, with our recommendations on the studies undertaken by the Commission on writs of assistance and search warrants issued by telephone or other means of telecommunication.

Yours respectfully,

Francis C. Muldoon, Q.C.
President

Réjean F. Paul, Q.C.
Vice-President

Louise Lemelin, Q.C.
Commissioner

Alan D. Reid,
Commissioner

Joseph Maingot, Q.C.
Commissioner

Commission

Francis C. Muldoon, Q.C., President
Réjean F. Paul, Q.C., Vice-President
Louise Lemelin, Q.C., Commissioner
Alan D. Reid, Commissioner
Joseph Maingot, Q.C., Commissioner

Secretary

Jean Côté, B.A., B.Ph., LL.B.

Co-ordinator, Criminal Procedure and Principal Consultant

Calvin A. Becker, B.A., LL.B., LL.M., Ph.D.

Consultants

Maurice H. Smith, M.A. (Oxon.)
Lee S. Paikin, B.A., LL.B., LL.M.

Table of Contents

PREFACE 1

PART ONE: Writs of Assistance 3

1. Introduction 5
2. The Writ as a Licence to Search without Warrant 10
3. The Writ of Assistance in Canada 13
   (a) Formal Modifications 14
   (b) Writ Issuance Procedures 17
   (c) Substantive Modifications 21
4. The Writ as an Instrument of Unconstitutional Search and Seizure 27
5. The Writ as an Affront to Common-Law Tradition 32
6. The Writ as an Unnecessary Instrument of Search and Seizure 36
7. Conclusion and Recommendations 44

APPENDIX: Sample Writs of Assistance 45

ENDNOTES 51

PART TWO: Telewarrants 77

1. Introduction 79
2. Recommendations and Commentary 82

ENDNOTES 99

PART THREE: Summary of Recommendations 103

Preface

The Commission has recently issued its Working Paper 30, entitled *Police Powers: Search and Seizure in Criminal Law Enforcement*. In that Working Paper the Commission proposed that the powers of search and seizure conferred for the investigation of offences against the *Criminal Code* and other federal statutes be subjected to a thorough-going consolidation, rationalization and reform.

This Report concerns only two of the approximately fifty recommendations which previously appeared in our Working Paper. The first is a recommendation that writs of assistance be forthwith abolished. The second is a related, but independent, recommendation which would permit search warrants to be obtained by telephone or other means of telecommunication in circumstances where a personal appearance before a justice would be impracticable.

The Commission will later be publishing the whole of its final recommendations on police powers of search and seizure in criminal-law enforcement. In the interim, however, the Commission believes that it can make a useful, and perhaps timely, contribution to law reform by commending to Parliament both of these recommendations for immediate implementation.

Their implementation would, in both cases, be relatively straightforward. To abolish writs of assistance, amendments would be required to the *Narcotic Control Act*, the *Food and Drugs Act*, the *Customs Act* and the *Excise Act*. To provide for applications to be made and search warrants to be issued by telephone or other means of telecommunication, amendments would be required to Part XIII of the *Criminal Code*.

Although our Report includes a legislative draft of the procedures proposed for obtaining a telewarrant, we do not, in this

Report tender a legislative draft of the amendments necessary to abolish writs of assistance. We have avoided that format, not because of its difficulties, but because it might obscure our larger purpose. Briefly, we intend to recommend, in a forthcoming Report to Parliament, that all police powers of search and seizure in criminal-law enforcement be organized within, and governed by, a comprehensive regime of standards and procedures. In the shorter term, however, we believe that few of our recommendations on police powers of search and seizure could be so easily implemented, and to such salutary effect, as the abolition of writs of assistance and the provision of procedures for the issuance of search warrants by telephone or other means of telecommunication.

PART ONE:

WRITS OF ASSISTANCE

1. Introduction

> And it shall be lawful to or for any Person or Persons, authorized by a Writ of Assistance under the Seal of his Majesty's Court of Exchequer, to take a Constable, Headborough or other Publick Officer inhabiting near unto the Place, and in the Day-time to enter, and go into any House, Shop, Cellar, Warehouse or Room, or other Place, and in Case of Resistance, to break open Doors, Chests, Trunks and other Package, there to seize, and from thence to bring, any kind of Goods or Merchandize whatsoever, prohibited and uncustomed, and to put and secure the same in his Majesty's Store-house, in the Port next to the Place where such Seizure shall be made.[1]

The *Act of Frauds* of 1662 brought with it a most confusing and controversial instrument of search and seizure — the writ of assistance.

The writ of assistance was a confusing instrument because it conferred upon a mere ministerial commission the trappings of a judicial search warrant. In essence, however, the 1662 writ of assistance was not a species of search warrant; nor, moreover, was it a species of prerogative writ, in the nature of prohibition or habeas corpus; nor, finally, was it a species of any then-known writ of assistance, such as those pertaining to the duties of sheriffs to assist in the recovery of debts or the levying of execution.[2] Rather, it was an ingenious adaptation of an obscure common-law doctrine — Coke's "secret in law" — "that upon any statute made for the common peace, or good of the realm, a writ may be devised for the better execution of the same, according to the force and effect of the act."[3]

Briefly put, the 1662 customs writ was intended as a formal confirmation of a ministerial commission[4] to exercise a statutory power of search and seizure, and for that purpose to commandeer whatever assistance was deemed necessary. But it was neither a judicial search warrant[5] nor a judicial writ of either the prerogative or discretionary variety.[6] Despite the fact that the customs writ carried the seal of the Court of Exchequer, its issuance was a matter of ministerial rather than judicial discretion.[7] Indeed, the presence of the Exchequer Court's seal signified nothing more than the fact of its

issuance, in the same manner that court seals were affixed to documents of process for commencement of lawsuits.[8]

The writ was to prove, moreover, a most controversial legal instrument. Resistance to the writ, and to the customs regime that it supported, was a vital part of the sequence of events that culminated in the American Revolution.[9] Such indeed was the intensity of American hostility to the writ of assistance that their constitution was ultimately to provide that "no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the person or things to be seized."

What the writ represented, then as now, was an executive rather than judicial instrument for the enforcement of customs legislation. Writs of assistance were issued to those who enforced the customs, signifying their commission to exercise statutory powers of entry, search and seizure in relation to prohibited and uncustomed goods. Such contraband could thus be sought out by writ-holding customs agents, unimpeded by prior judicial restraints upon their discretion.

Writs of assistance were required to carry the seal of the Court of Exchequer, but once issued, the Court of Exchequer had no jurisdiction to control the circumstances of their use. It was above all this feature which distinguished the statutory writ of assistance from its common-law counterpart, the search warrant. Where the search warrant itself constituted a specific grant of authority to conduct a specific search, the writ of assistance signified a general grant of authority, valid for the life of the monarch in whose name it had been issued, to conduct a generality of searches.

Assessed against contemporary Canadian search and seizure legislation, the *Act of Frauds* was perhaps less remarkable for the powers it conferred than for those it constrained. First, the only permissible objects of writ-assisted search and seizure pursuant to the *Act of Frauds* were prohibited *and* uncustomed goods.[10] Second, the person who undertook a customs search was authorized to resort to force only if he was a designated customs officer, the proof of which was a writ of assistance issued by the Court of Exchequer. Third, resort to force was permitted only in the event of resistance being offered to the entry, search or seizure. Fourth, the customs agent was obliged to restrict his searches to daylight hours; and fifth, the agent was obliged to take with him a constable or other known officer in order to prevent any breach of the peace which might be entailed in the search.[11]

Last, there was a further and singularly stringent constraint upon the mode of search and seizure authorized by the *Act of Frauds*, as indeed upon search and seizure in general. This constraint was not to be found in the *Act of Frauds* itself, but in the common-law doctrine of "justification by the event".[12] It was not enough that there be "probable cause" to suspect the presence of prohibited and uncustomed goods.[13] If the search failed to disclose contraband answering to this double-barrelled description, the informant was personally liable for damages in trespass to the person whose premises were searched. Since the customs officer conducting a writ-assisted search would be acting on his own information, he would be liable in his capacity as informant should his search prove unsuccessful.

Notwithstanding these constraints upon writ-assisted search of private premises, the customs search of 1662 was notably unfettered by the one constraint valued above all others by the common law — prior judicial authorization on particular information. As elaborated by Hale in his *History of the Pleas of the Crown*, the appropriate common-law procedure for securing access to private premises, then confined to seeking out stolen goods, was by means of a search warrant.[14] However, the common-law courts were prepared to countenance this kind of interference with private property rights only upon warrants granted by a justice of the peace, and only upon sworn information as to the suspected whereabouts of the goods and the grounds for that suspicion.[15] But these common-law requirements of judiciality and particularity were altogether absent from the statutory regime provided for customs search.[16]

There was in consequence no occasion for importing into writ-assisted search and seizure anything in the nature of prior *judicial* authorization upon particular information. Apparently, however, resort to the writ of assistance — from at least 1710, and possibly earlier — was governed by *administrative* regulations,[17] analogous in almost all respects to the judicial constraints which governed the issuance and execution of search warrants.

The Customs Commissioners had a definite interest in overseeing the enforcement practices of their subordinates, if not to protect themselves from the possibly doubtful rigours of the doctrine of justification by the event, then simply because it was expedient that the Board not be embarrassed by overzealousness on the part of its officers, particularly in matters touching private property rights.

Predictably, the stringency of the Commissioners' directives varied between London and the outports, but their general object was to overlay writs of assistance with an administrative equivalent to the judiciality and particularity of search warrants. Thus, in 1710, London customs officers were instructed not to search residential premises without first obtaining the Board's permission.[18] In 1719, certain protections were accorded by statute to writ-assisted customs seizures, provided the officer had acted "upon the Information of one or more credible Person or Persons".[19] In order to assure themselves of this statutory protection, the Customs Commissioners established administrative procedures for ensuring that writ searches were reliably informed by particular information as to the character, description and whereabouts of the contraband. Hence, for example, Henry Crouch's *Complete Guide to the Officers of His Majesty's Customs in the Outports*, published in 1732, in which customs officers were enjoined not to enter private premises "without a particular Information from one or more credible Persons, in writing if possible, giving an Account of the Species or Package of the Goods, when and where run, or where concealed...."[20] By 1817, it was a requirement of general application, both in London and elsewhere, that each instance of writ use be conditioned upon prior, particular information sworn before a magistrate.[21] Although these approximations to the search warrant's standards of judiciality and particularity formed no part of the statutory or common-law regime governing writs of assistance, they were no less a constraint for being administratively, rather than legally, prescribed.

That the 1662 writ of assistance has occasioned both confusion and controversy is evident. However, that it should have been perceived as a device "interposed by the Legislature through a tender regard to the liberty of the subject"[22] was not entirely fair. Even the statutory conditions to which the writ was subject were far from being inconsequential: there were narrow limits upon the permissible objects of seizure (prohibited *and* uncustomed goods); upon the circumstances justifying resort to force (only in the event of resistance to a writ-holder); upon the time of search (daylight hours only); and upon the unaided powers of the customs officer (*viz.* the obligatory attendance of a constable or other local officer).

But in addition to these statutory conditions, the writ of assistance was hedged with constraints both administrative and judicial. By administrative directive, what began as a statutory licence for a generality of customs searches was converted into as

event-specific and particular an instrument of search and seizure as a search warrant. And, of course, over and above departmental insistence upon credible information before the event, there was a powerful stimulus to reliably informed customs search in the common-law doctrine of justification by the event. In aggregate, the English writ of assistance has been so constrained by statutory conditions, administrative regulations, and common-law doctrine as to be an improbable source of controversy.

Not so, of course, in the American colonies of the 1760s and 1770s, where vigorous exception was taken to the writ of assistance and the customs regime it was perceived to exemplify.[23] Nor has the writ been without controversy in its several Canadian adaptations. As in pre-revolutionary America, the controversy in Canada has had principally to do with the perception of the writ as a species of general warrant. However, unlike the American challenge in 1761, the challenge to Canadian writs of assistance has stemmed from concerns about their propriety rather than their legality. Indeed, until very recently,[24] their legality was presumably unassailable in the presence of the four Canadian statutes which provide for their issuance and use.[25]

Rather, the issue in Canada has been as to the propriety of exempting the writ-assisted search from the requirements of judiciality and particularity upon which search warrants are issued. Briefly put, the writ's opponents object that its use is unfettered by the imperatives of prior judicial authorization upon particularly sworn information, and that, in consequence, its reach extends to an indeterminate generality of searches. The writ's proponents acknowledge its exceptional purview, but argue that such an instrument of search and seizure is required to cope with the exigencies of contemporary drug, customs and excise enforcement. Moreover, so its proponents argue, the exemption of writ-assisted searches from judicial controls is fully compensated by the stringency of the administrative procedures which govern the writs' issuance and use — procedures which, in aggregate, ensure that the writ of assistance is at least as closely regulated administratively as the search warrant is regulated judicially.

With the proclamation of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on April 17, 1982, the Canadian controversy over writs of assistance has shifted to new ground. The issue is no longer merely one of proprieties: what is now also directly in issue is the very

legality of writs of assistance, in the face of the *Charter's* injunction against unreasonable search or seizure.

The Commission would resolve these issues concerning the legalities and proprieties of writs of assistance by urging their immediate abolition. Our recommendation proceeds from reasons both principled and pragmatic. As a matter of principle, the Commission asserts that there is no justification for the exemption of writ-assisted searches from the imperatives of judiciality and particularity. As a practical matter, the Commission also asserts that the writ of assistance is an unnecessary instrument of search and seizure.

In order to appreciate fully the Commission's reasons for these assertions, it is first necessary to appreciate something more of the writ's juridical character and its history in Canadian law enforcement.

2. The Writ as a Licence to Search without Warrant

The status of the writ of assistance has been much obscured over the three hundred years of its existence, with the writ tending, almost from its inception, to be seen as a species of search warrant. They were, however, distinct instruments and must be understood as such if the full significance of the writ is properly to be appreciated.

The distinction between writ and warrant has chiefly to do with their relative admixtures of judicial and ministerial jurisdiction. Where the issuance of a search warrant is principally an exercise of judicial jurisdiction, and only incidentally a ministerial act, the writ of assistance was and remains an exclusively ministerial instrument. In short, the writ was nothing so much as a certificate of identification, attesting to the capacity of its bearer to exercise the search powers conferred by the *Act of Frauds*. As such, it was exclusively a ministerial or executive instrument which "authorized", in the now

obsolete sense of "vouching for", the holder's identity as an agent of the Crown.

Although the seal of the Court of Exchequer, the judicial arm of the King's revenue protection and collection apparatus, was required to be affixed to the writ, the document was in practice prepared and sealed by an administrative official within the Court of Exchequer. This official, known as the King's remembrancer, was charged with responsibility for collecting debts due to the sovereign, and for that purpose was entitled to the use of the seal of the Exchequer Court. However, the responsibility of the Court of Exchequer, or more properly, of the King's remembrancer within the Court of Exchequer, may be likened to that of a contemporary court registrar in the issue of writs for the commencement of civil suits: the function in both cases is purely administrative. Upon application to the appropriate administrative officer, and upon his being satisfied that the writ conformed to the requirements prescribed for it, the writ would be issued and authenticated with the seal of the issuing court — all without the interposition of a judicial officer acting in a judicial capacity. The issuance of the writ of assistance was thus in no sense an exercise of the judicial jurisdiction of the Court of Exchequer. It was rather a purely administrative act.

By contrast, the issuance of a search warrant, then as now, is an exercise of partly judicial and partly ministerial jurisdiction.[26] In substance, the search warrant represents a grant of authority to interfere with property rights in circumstances which would otherwise constitute a trespass. Although the seventeenth century justice of the peace, whose responsibility it was to issue search warrants, performed a *mélange* of police, prosecutorial and judicial functions, it was in his judicial capacity that jurisdiction to issue search warrants was conferred upon him. Thus, what was required of him was an independent judicial assessment of the form, the substance and the probative value of the information tendered to him. Unless the information before him were adequate in these respects, he was said to be without jurisdiction to perform his responsibility in a judicial manner. Once his jurisdiction had been thus established, the justice had then a judicial discretion as to whether and in what form the warrant should issue. Thereafter, his jurisdiction having been established and he having determined to exercise it, the justice performed the purely administrative or ministerial act of causing the warrant to issue, by affixing to the document his signature, together with a declaration of his office.

A variety of incidents attached to the writ of assistance by virtue of its status as an exclusively ministerial instrument. Each of these incidents established the writ as an instrument in its own right, distinct from, and independent of, the search warrant with which it has traditionally been confused.

First, notwithstanding that the writ was issued under the seal of the Court of Exchequer, it was not subject to prior judicial control with respect either to its issuance or the circumstances of its use: the search power and the authority to exercise it flowed directly from the statute. In the case of search warrants, by contrast, the search power might derive either from common law or statute, but authority to exercise the power was judicially regulated on a search-by-search basis. Where the writ attested to the legal competence of its bearer to exercise a statutory power of search and seizure, the warrant attested to the legality of the search itself. More briefly rendered, the warrant authorized the search, whereas the writ vouched for the identity of the searcher.

Second, because the writ was a ministerial instrument, its duration was initially co-extensive with the reign of the monarch in whose name it was issued. Subsequently, in 1702, the writ's duration was extended by statute for a further six months beyond the reign of the monarch, in order to allow for continuity in customs enforcement over the period of interregnum.[27] Again, this feature points up a further difference between writ and warrant: where the writ's validity extended throughout the life of the sovereign, authorizing a generality of searches, the warrant's authority was limited in space and time to the conduct of particular searches.

Third, the writ's status as a ministerial certificate of identification meant that it was not the route by which one challenged the validity of particular searches. One could of course challenge the identity of the writ-holder, but a challenge to the search he proposed to conduct had necessarily to be referable to the statute rather than to the writ. It was the statute that conferred the power and authority to search, the writ standing only as proof of the identity and competence of the bearer as an agent of the Crown. In effect, the customs search was virtually unchallengeable. If, by contrast, objection were taken to a search conducted pursuant to warrant, the challenge would properly lie to the warrant by which the search was purportedly authorized. The document itself, and the jurisdiction of the justice who issued it, would be the proper route and subject-matter of inquiry.

Essentially, then, the writ did not confer an authority to search, but rather attested to the identity of those who were so empowered by statute. In direct contrast, the search warrant did constitute an officer's authority to search. Thus, if challenged, the officer conducting a search pursuant to warrant would refer to the document as the source of his authority, whereas the customs officer would point to subsection 5(2) of the *Act of Frauds* of 1662 as his source of authority, and to his writ only to identify himself as a person entitled to exercise that authority.

The significance of this feature for present purposes is simply this. In strict legal terms, the proper focus for discussion of the powers associated with writs of assistance, then as now, is not the writ of assistance but rather the legislation that confers the power. If one objects to the notion of an executive discretion to enter, search and seize, then in that event the proper focus of objection is the legislation itself, which was so constructed as to exempt writ-assisted search and seizure from prior judicial authorization upon particular information.

For all of these reasons, then, the writ is not to be treated as a species of search warrant. However much writ and warrant may resemble one another in practical terms, both instruments being presented as documentary witness that the search was lawful, they share little of a common history and still less of a common juridical status. Strictly speaking, the writ of assistance should be recognized as a ministerial licence to exercise statutory powers of search *without* warrant.

3. The Writ of Assistance in Canada

So much, then, for the character of the writ of assistance of 1662. This most confusing and controversial instrument of search and seizure, originally designed to facilitate enforcement of the *Act of Frauds*, has survived, though not without considerable modification, for more than three hundred years. In the interval, the writ has lost

some of its intimidating magnificence — it is no longer the document described by Smith as "a large sheet of vellum, some two-and-a-half feet wide by two feet deep, bearing an ornate portrait of the monarch and, suspended from a stout plaited cord, a massive waxen seal".[28] Nor is the writ the studious exercise in unintelligibility that it once was, with its indecipherable calligraphy and eccentric Latin text. Although the writ has suffered somewhat in appearance, it has lost nothing of its status as a licence to exercise statutory powers of entry, search and seizure without warrant. Indeed, in the form in which it has been adapted for use in Canadian legislation, the writ of assistance has gained more in discretionary power than it has lost in visual impact.

Four statutes presently provide for the issuance of writs of assistance: the *Customs Act*, the *Excise Act*, the *Narcotic Control Act* and the *Food and Drugs Act*.[29] In its Canadian adaptations, however, the writ of assistance has been subjected to a number of significant modifications in form, procedure and substance.

(a) *Formal Modifications*

The writ issued pursuant to the *Narcotic Control Act*[30] may be taken as typical for purposes of illustrating the formal appearance of the Canadian writs. While the seal of the Federal Court of Canada makes it a somewhat more impressive document than the common search warrant, the contemporary writ is remarkable for its brevity and intelligibility. Apart from a rather ornate preamble — "Elizabeth II, by the Grace of God of the United Kingdom, Canada and Her Other Realms and Territories Queen, Head of the Commonwealth, Defender of the Faith" — the writ proceeds with commendable dispatch to announce that its bearer is "authorized and empowered, pursuant to subsection (3) of Section 10 of the *NARCOTIC CONTROL ACT*, aided and assisted by such person as [he] may require, at any time, to enter any dwelling house and search for narcotics" (see Appendix). The document describes itself as having been "Issued under the authority of a Judge of our Federal Court of Canada" and prominently displays a seal of that court. Significantly, however, the document neither identifies nor carries the signature of the Federal Court judge who authorized it to be issued. It carries instead the signature of a registry officer of the Federal Court — or, in the French portion of the writ, a «fonctionnaire du greffe». In short, the writ is issued under the authority of a judge of the Federal Court,

but the formality of causing the writ to issue is performed by an administrative officer of the court. In its Canadian adaptation, the King's remembrancer within the Court of Exchequer has been replaced by a registry officer within the Federal Court as the official responsible for affixing the seal of the issuing court and formally causing the writ to issue — an administrative officer acting in an administrative capacity.

Perhaps the most significant formal modification to be worked upon the writ of assistance has been one of omission. Notable for its absence from the customs and excise writs is any recital of precisely what makes them writs of *assistance*. The writ-holder's authority to requisition assistance figures prominently in the drug writs, as indeed it did in one of the earliest decipherable writs of assistance, that of 1761.[31] In the course of reducing the writ to a document of manageable and intelligible proportions, the "power to call in aid" has been altogether omitted from the customs and excise writs, and rendered in a single phrase in the drug writs: "[Y]ou are hereby authorized and empowered, ... aided and assisted by such person as you may require..." (see Appendix).

The effect of this omission is to make customs and excise writs something less than adequate expressions of the powers they represent. Persons presented with a customs writ could not ascertain from the face of the document that they were obliged by statute to render "such lawful aid and assistance in the Queen's name, as is necessary for securing and protecting such seized goods, vessels, vehicles or property".[32] Nor, correspondingly, does the excise writ recite the holder's authority to requisition from all manner of persons, public and private alike, such aid and assistance as he deems necessary for *any* aspect of the excise search.[33] Nor, unless they were familiar with the intricacies of the legislation, would persons presented with a writ and a demand for assistance appreciate that a customs officer's "power to call in aid" was rather more modest than an excise officer's: unlike the *Excise Act*, the *Customs Act* makes no provision for assistance in conducting the search, but only in securing and protecting things seized or property liable to forfeiture.

For all of these reasons, it seems a fair observation that customs and excise writs do not meet the formal test prescribed for them by Sir Edward Coke, that they be devised "according to the force and effect of the act".[34] Granting writs other than in terms of the authorizing legislation poses the obvious and unnecessary danger that

the persons to whom they are presented will be unaware of their statutory obligation to assist, to say nothing of their liability to imprisonment in the event of refusal.[35]

By contrast, the *Narcotic Control Act* and the *Food and Drugs Act* provide for assistance in terms both more explicit than the *Excise Act* and more expansive than the *Customs Act*. The "power to call in aid" is identical in both instances: the writ-holder is authorized to enter and search, "aided and assisted by such person as [he] may require".[36] Further, his power to requisition assistance appears on the face of both drug writs, thus fulfilling their purpose as proof of the identity and competence of the bearer, whether presented to the occupier of premises to be searched or to the persons whose assistance is deemed necessary.

Finally, the Canadian writ of assistance has undergone one further modification of form which should not be overlooked. Again, this change relates to the "power to call in aid", the feature which constitutes writs as writs of *assistance*. And it is perhaps this change which has contributed most to the belief that the writ is a species of search warrant. Where the writ of 1662 was directed to a generality of persons, commanding them to aid and assist the bearer of the writ in the execution of his duties, contemporary writs are directed instead to the bearer himself. Given the writ's purpose as proof of the identity and competence of its bearer to exercise a statutory power of search and seizure, and for that purpose to requisition assistance from all and sundry, it should properly have been directed to the persons to whom it was to be presented.

The original writs of assistance contemplated three occasions where proof of identity might be required. First, the person whose premises were to be searched might demand proof of the officer's identity in order to satisfy himself that the search was not a trespass or a breach of the peace. Second, there was a further precaution taken against possible breaches of the peace: officers conducting customs searches were obliged to take with them a "Constable, Headborough or other Publick Officer inhabiting near unto the Place". It was expected that, by virtue of his "inhabiting near unto the Place", the local constable or other public officer would be known to the person whose premises were to be searched and that knowledge was to provide a further assurance of the lawfulness of the search. The writ of assistance thus served to identify the customs officer to the person whose premises were to be searched and to the local

public officer whom he was obliged to take with him. But what was expected of the local constable was not so much his assistance as his presence during the search, in order to vouch for the identity and competence of the customs agent and as well, presumably, to protect him from any violence which might ensue.[37] Third, the writ would have to be presented to any of the generality of persons whose assistance might be requisitioned to facilitate the search.

All of these occasions still obtain as instances requiring proof of the identity and competence of the writ-holder. Granted, only the excise writ is presently limited by the requirement that a peace officer be in attendance when searches are conducted at night, and granted on that account that the number of occasions when proof might be required of the officer's identity and competence have effectively been reduced to two. Notwithstanding the elimination of what might be termed the restrictive provision for assistance from three of the four statutes, proof of the writ-holder's identity and competence is still required for the occupier of the premises to be searched and for those liable to be commandeered to render assistance. And of course it is to these persons that the writs ought to be directed if their purpose is to be served and their character respected.

(b) *Writ Issuance Procedures*

The procedure for obtaining a writ of assistance entails an application to a judge of the Federal Court by the Attorney General of Canada.[38] As a matter of practice, the application consists of nothing more than a letter from an agent of the Attorney General, addressed to the Administrator of the Federal Court and enclosing a formal application, supporting affidavit and forms of the writs to be issued, together with the appropriate fees. Although styled "IN THE MATTER OF AN APPLICATION ... FOR THE ISSUE OF WRITS OF ASSISTANCE", the application is in fact more in the nature of a notice: "TAKE NOTICE THAT ... the Attorney General of Canada hereby makes application to a Judge of this Honourable Court for the grant of Writs of Assistance to the following member of the Royal Canadian Mounted Police who is engaged in the enforcement of the *Narcotic Control Act*."

The application is supported by the barest of documentation, consisting solely of an affidavit sworn, for example, by an officer in

charge of the particular enforcement branch for which the writ is being sought, and attesting to the identity and status of the person proposed as recipient of the writ. Alternatively, in the case of R.C.M.P. nominees, the affidavit filed in support of the application may be sworn by the officer in charge of the force's records branch; in such cases, the affidavit will include a true copy of the nominee's "Warrant of Appointment" as a peace officer and as a member of the Royal Canadian Mounted Police.[39] In either event, however, the affidavit constitutes no more than a bare statement that the person being proposed for the writ is engaged in enforcement of the relevant legislation.

The application is then submitted through the court registry to one or another of the judges of the Trial Division of the Federal Court. Notwithstanding that the application must be presented to a judge of the Federal Court, there is nothing judicial about the nature of his duties in relation to the issuance of writs of assistance. Indeed, their issuance is in effect a mandatory and purely administrative act, which consists only of the judge satisfying himself that the application meets the formal requirements prescribed for it, that the nominee is legally competent to be designated as a bearer of the writ, and that the writ which issues corresponds to the terms of the legislation. In effect, a judge to whom such an application is presented is obliged by statute to authorize the issuance of writs of assistance in accordance with the terms of the application, or more properly, the instructions of the Attorney General.

The proposition that judges should be obliged by statute to lend the authority of their office to what is essentially an executive decision has not been accepted without resistance. Indeed, the proposition has recently encountered outright hostility.

The first expression of resistance came in 1965 from the Honourable Wilbur Jackett, President of the Exchequer Court of Canada (since succeeded by the Federal Court).[40] In the course of an application for the grant of writs of assistance under the *Customs Act*, the *Excise Act*, the *Narcotic Control Act* and the *Food and Drugs Act*, Jackett P. gave anxious consideration to the nature of the functions required of judges of the Exchequer Court in relation to writs of assistance. After canvassing all four items of legislation providing for the issuance of writs, he concluded that it was "very difficult, if not impossible, to conceive of any basis upon which a judicial discretion might be exercised".[41] In short, the issuance of

writs of assistance was not an exercise of judicial jurisdiction. It was rather a mandatory administrative duty imposed by Parliament upon judges of the Exchequer Court.

Jackett P. noted that the legislation providing for the issuance of customs writs appeared to differ significantly from the other statutes in terms of the responsibilities expected of the issuing justice. Where the *Customs Act* provided that a judge of the Exchequer Court "may" grant a writ of assistance, the remaining statutes provided that a judge of the Exchequer Court "shall" grant a writ of assistance upon application by the appropriate minister of the Crown. He concluded, however, that no significance could be attached to this difference, since none of the Acts provided for the writ application to be supported by materials which would permit a judicial determination of the propriety of the writ's issuance. Nor, he noted, did any of the Acts provide scope for an exercise of judicial discretion with respect to the circumstances in which, once issued, the writs were to be used. There being neither basis nor occasion upon which a judge of the Exchequer Court could act judicially, the writ's issuance could not in any sense be said to be an exercise of judicial jurisdiction.

Having determined that the court was without a judicial discretion with respect to the issuance of "search warrants in the guise of Writs of Assistance",[42] Jackett P. concluded his assessment in the following terms:

> Having regard to the extraordinary difficulty, if not impossibility, of exercising any judicial discretion as to whether or not a Writ of Assistance should or should not be issued under the *Customs Act* upon any particular application, and having regard to the fact that the issuance of such writs under the other three statutes referred to above is mandatory upon the specified application, and having regard to my inability to distinguish any difference between the desirability of such writs being issued under the *Customs Act* and the desirability of their issuance under the other Acts, I have come to the conclusion that there is a duty upon a judge of the Exchequer Court, upon receipt of an application from the Attorney General of Canada under section 143 of the *Customs Act* for the issuance of a Writ of Assistance, to issue the Writ of Assistance in accordance with the application conditioned only upon his satisfying himself that the person named in the application is an "officer".
>
> ...
>
> [I]f I am right in my construction of the legislation, when a person holding a Writ of Assistance is exercising the powers conferred upon

him thereby, he is exercising powers conferred upon him by statute pursuant to designation by the Attorney General of Canada or the Minister of National Health and Welfare, as the case may be, and is not executing an order or judgment of the Exchequer Court of Canada, or a judge thereof. Parliament, in its wisdom, has ordained that the authority conferred upon such officer shall be evidenced in the form of a writ issuing out of the Exchequer Court of Canada and the Court must bow to such statutory direction.[43]

The interpretation by Jackett P. of the Exchequer Court's statutory duty in relation to writs of assistance was of course the only interpretation which the terms of the legislation would permit.[44] Where, however, in 1965 the court was prepared, albeit reluctantly, to "bow to such statutory direction", in 1975 this reluctance became a vigorous protest.

An application having been made by the Attorney General of Canada for a customs writ, Collier J. expressed himself as "shocked and incredulous that the Court should be asked or required, on such fragile and unenlightening material, to lend its authority to the clothing of an unknown Government officer with such extensive unlimited powers".[45] Before "reluctantly bowing to the dictates of the statute" in a matter in which the court "has no say or discretion in the matter of issuing these writs which are then placed in the hands of persons who, in individual cases, may seriously abuse the unrestrained invasionary powers given", Collier J. recited portions from the earlier judgment of Jackett P. The passages cited were fairly interpreted by Collier J. as a protest against "... the wide powers given by these writs and the inability of the Court to exercise any discretion in respect of the number of writs issued, the qualifications of those to be clothed with the powers, and the duration of the writs".

Mr. Justice Collier's objections would appear to have had a double focus, the one procedural and the other substantive. The force of his substantive objection was somewhat muted by his unreported footnote,[46] but it seems clear nevertheless that Collier J. took issue with the propriety of the legislation itself. More specifically, it would seem that he objected to legislation conferring upon writ-holders such extensive powers of search and seizure without providing for some measure of judicial control over the writ's issue, the qualifications of those to whom it was issued and the circumstances of its use.

Mr. Justice Collier's principal objection, however, was not that the legislation provided for such wide powers of search and seizure

without judicial regulation. It was rather that the procedures for obtaining writs of assistance gave the appearance that writs were somehow judicial instruments. That writs were to issue out of the Federal Courts on the instructions of the Attorney General obscured the fact that they were ministerial rather than judicial instruments. The Federal Court was in effect obliged to lend an aura of judiciality to an instrument of search and seizure which was exclusively ministerial in character. Absent the pretence to judiciality, and the writ of assistance would be seen for what it was — an executive licence to search and seize, untrammelled by judicial control.[47]

Notwithstanding the objections of Jackett P. and Collier J. that they should be obliged by statute to lend the authority of their office to what is essentially an executive decision, the procedures for obtaining writs have not been substantially altered since they were first introduced into Canada. In sharp contrast to the issuance of search warrants, the court responsible for the issuance of writs of assistance is without discretion as to (1) whether or not a writ of assistance should be granted; (2) the number of writs extant; (3) the qualifications of those to be clothed with such powers; (4) the duration of the writs; and (5) whether the particular circumstances in which the writ is to be used are appropriate for the exercise of such wide powers. The only significant procedural modification to have been worked into the writ of assistance has been a reduction in the number of ministers of the Crown who can apply for their issue. As of March 22, 1978, applications for writs of assistance under all four items of federal legislation can be made only by the Attorney General of Canada.[48]

(c) *Substantive Modifications*

The most significant changes to the writ of assistance have been substantive, rather than formal or procedural. There has of course been no change in the character of the writ: it remains a certificate of the legal competence of its bearer to exercise a statutory power of search and seizure.[49] But while the character and function of the writs remain unchanged, the powers conferred upon the writ-holder have been substantially enlarged. Thus, for example, when the writ of the 1980s is contrasted with that of 1662, one finds that resort to force is no longer conditional upon resistance first being offered to the entry, search or seizure. Instead, an officer conducting a customs or excise search under the authority of a writ of assistance may employ force "in case of necessity" — a contingency manifestly more open-ended

than was implied by the phrase ("in case of resistance") that preceded it.[50] More open-ended still are the provisions of the *Narcotic Control Act* and the *Food and Drugs Act*, both of which provide in identical terms that a peace officer may "[f]or the purpose of exercising his authority under this section ... break open any door, window, lock, fastener, floor, wall, ceiling, compartment, plumbing fixture, box, container or any other thing".[51] Resort to force is conditional neither upon resistance, nor, for that matter, upon necessity.

This question of precisely at what point in the conduct of a search resort may be had to force is obviously a matter of considerable significance. Generally speaking, in the case of residential premises, a statutory power of forcible entry for the purpose of executing a criminal process is constrained by common-law requirements that there first be a demand to open.[52] Thus, in the absence of an explicit statutory provision to the contrary, an officer would be acting in excess of his authority if he were to effect a forcible entry upon residential premises without first having demanded entry.

It would seem an arguable proposition that the shift from "resistance" to "necessity" to an unqualified power of forcible entry represents an attempt to override the common-law requirements that searches of residential premises be preceded by at least the formality of a demand for entry.[53] The phrase employed in the *Act of Frauds* of 1662 — "in case of resistance" — certainly implied the condition precedent of a demand for entry, for how otherwise would an occupier's resistance be distinguished from his absence. "Resistance" implies, in other words, some action on the part of the occupier which impedes the execution of the process. The phrase employed in the present customs and excise legislation — "in case of necessity" — would seem to provide for resort to force within a larger range of contingencies than mere resistance, possibly including, for example, the occupier's absence. But to the extent that it would include the contingency of resistance, it may be taken to imply the requirement of a demand for entry. And in any event, neither phrase would seem to exempt customs and excise searches from the common-law requirement of a demand for entry. By providing for an unqualified power of forcible entry, the *Narcotic Control Act* and the *Food and Drugs Act* would seem to have stopped just short of explicitly eliminating the demand for entry requirement. What these changes represent, therefore, would appear to be a gradual deregulation of the common-law limitations upon forcible entry, or,

correspondingly, an extension of the circumstances in which forcible entry can be effected without notice.

Second, an officer armed with a writ of assistance is no longer restricted to conducting his searches during the day time. All four statutes provide, in varying terms, for searches by night as well as by day. The *Customs Act* provides simply that an officer "may enter, at any time in the day or night", while the *Excise Act* provides that an officer "may enter in the night time, if accompanied by a peace officer, and in the day time without being so accompanied".[54] Correspondingly, the drug statutes provide for search powers which may be exercised "at any time".[55] This virtual *carte blanche* for night searches evinces a stark contrast with the search warrant contemplated by section 444 of the *Criminal Code*, which is to be "executed by day, unless the justice, by the warrant, authorizes execution of it by night".

In the result, the powers invested in the bearer of a writ of assistance have been enlarged both with respect to the contingencies in which resort may be had to force and with respect to the hours within which searches may be undertaken. There have as well been modifications which have materially curtailed the powers to which the writ attests.

First, with the notable exception of excise writs, contemporary writs of assistance are no longer the transferable instruments they once were. Writs were originally issued to one or a series of named persons appointed to collect customs revenues. The powers these persons were authorized to exercise in the performance of their duties could as well be exercised by their "Deptys Ministers Servts. & other Officers".[56] Those nominated to hold the writ of assistance were, in other words, authorized to delegate their powers, including the powers represented by the writ of assistance. This was of course a perfectly permissible practice in the absence of a statutory requirement that the writ specify by name the person entitled to its use. In effect, the writ was available to any person legally competent to make a customs seizure.

As matters presently stand, however, only the excise writ is expressly available for delegation.[57] Arguably, the customs writ carries an implicit, though similar, power of delegation, but it is clear in the case of the drug writs that they may be used only by the persons to whom they were issued. Both the *Narcotic Control Act*

and the *Food and Drugs Act* provide that the court shall "issue a writ of assistance authorizing and empowering the person named therein ... to enter ... and search ...".[58] Both drug statutes state explicitly, in other words, that writs are to be issued to specifically named persons and that only those persons are entitled to use them. The *Customs Act*, by contrast, is explicit only with respect to the writ being issued to a named person,[59] but not with respect to who might be entitled to its use once issued. There being no statutory requirement to the contrary, it is an arguable proposition that persons other than those to whom customs writs are issued would be competent to carry and use them. The proposition that the customs writ is a transferable instrument is further reinforced by the language of section 139, which is open to the interpretation that *any* officer may exercise the powers of the writ of assistance.[60] However that may be, it would seem that only the excise writ truly qualifies, in the words of Simpson C.C.J., "as a mere piece of general office equipment".[61]

Clearly the most significant legislative restriction upon the Canadian version of the writ of assistance has been the introduction of a requirement of reasonable belief as a condition precedent to lawful entry and search. It should be noted, however, that this requirement varies substantially from statute to statute, and, within statutes, applies differently to the various stages of entry, search and seizure.

Thus, for example, the *Narcotic Control Act* limits the powers of entry and search to premises, whether residential or otherwise, in which there is a reasonable belief that there are narcotics present.[62] The power to seize, however, provides for four categories of seizure, only one of which is constrained by a requirement of reasonable belief. Thus, the officer may seize (1) *any* narcotic; (2) anything in which narcotics are *reasonably suspected* to be contained or concealed; (3) anything *reasonably believed* material to a narcotics offence; or (4) anything that *may* be evidence of a narcotics offence. Each of these four categories of seizure would seem to carry its own standard of certainty. The phrase "any narcotic" implies a standard equivalent to personal knowledge or, in any event, something marginally more certain than is implied by the phrases "reasonable belief", "reasonable suspicion", or anything that "may be" a narcotic. Next in order of certainty is the standard of reasonable belief, with reference to things by means of, or in respect of which, a narcotics offence is reasonably believed to have been committed. Below that is the standard of reasonable suspicion, with reference to things in which narcotics may be contained or concealed. Lower still is the

mere possibility implied by the provision for seizure of anything that "may be evidence" of a narcotics offence.

There is doubtless a rather large measure of redundancy in these provisions for seizure, and it seems likely on that account that all possible seizures could be justified against the lowest standard of certainty, that implied by the phrase, anything that "may be evidence of the commission of such an offence". It is doubtful, therefore, that the inclusion in paragraph 10(1)(*c*) of a requirement of reasonable belief with respect to *Narcotic Control Act* seizures represents any significant constraint upon that Act's powers of seizure.

Even more curiously, once an officer has satisfied himself that there are reasonable grounds to enter premises, he then has an unqualified power to search any person found on the premises. It seems something of an anomaly that a standard of reasonable belief should obtain with respect to a search of premises, but that searches of persons found on those premises should be without even the restraint of reasonable suspicion.

To confuse matters still further, the *Food and Drugs Act* is expressed in terms identical to the *Narcotic Control Act* with respect to the entry and search of premises, and equally with respect to the search of persons found on those premises. But it reduces the redundancies of the *Narcotic Control Act*, both as to what may be seized and as to the standard of certainty which is to inform such seizures. Thus, paragraph 37(1)(*c*) of the *Food and Drugs Act* provides simply that an officer may "seize ... any controlled drug ... and any other thing that may be evidence" of a drug offence. Again, to the extent that controlled drugs are themselves evidence of an offence, it would seem that all possible seizures could be justified against a standard pitched materially lower than one of reasonable belief.

The requirement that intrusions be constrained by a standard of reasonable belief has been introduced into customs legislation with even less rigour than is found in the drug legislation. Indeed, the *Customs Act* confers upon writ-holders an unqualified power of entry, reserving the constraint of reasonable belief to the later steps of search and seizure. Thus, under the authority of a writ of assistance, mere suspicion or, indeed, nothing more substantial than the customs officer's curiosity would suffice as grounds for entering, with force "in case of necessity", *any* building within the jurisdiction

of the court, at any time of the day or night.[63] Once entry has been effected, however, the customs officer's writ permits him only to search for and seize those things "that he has reasonable grounds to believe are liable to forfeiture".[64]

Quite inexplicably, the excise writ has been altogether exempted from any standard of reasonable belief. Thus, under the authority of a writ of assistance, an excise officer — or his delegate — has what would appear to be an unlimited power of entry, an unlimited power of search, and an unlimited power of seizure.[65] There are, to be sure, two constraints upon the excise agent's powers: a peace officer must be in attendance if the entry is by night, and resort to force is contingent upon necessity. But for these rather modest restrictions, however, the excise writ carries powers of entry, search and seizure of virtually unlimited scope. Writ-holding excise officers have been empowered by statute to determine where and when they might enter, search and seize, unimpeded by any restraints upon their discretion. Or, to echo Mellish J. in his colourful assertion of judicial disdain, "in the place of the Judge, there is put, as interpreter of the statute, an officer who, armed with a battering ram and writ of assistance, may ... force his way at any time by night or day into peaceful homes and search them so that he may perchance discover evidence of an unsuspected offence".[66]

To this point, then, we have discussed the respects in which the writ of assistance of 1983 differs from that of 1662, in terms of modifications which have either enlarged or restricted the powers conferred upon writ-holders. There has as well been one further modification requiring comment. Although it neither extends nor constrains the powers which the writ signifies, it stamps the writ clearly as a licence to exercise statutory powers of entry, search and seizure without warrant.

Briefly, that modification has to do with the duration of the writ. When the writ of assistance was first introduced, its duration was co-extensive with the reign of the monarch in whose name it was issued. It was of course principally this feature which served to distinguish writ from warrant: where the writ's validity extended throughout the life of the sovereign, authorizing a generality of searches, the warrant's authority was limited in space and time to the conduct of a particular search.

In its Canadian adaptations or, at any rate, in its customs and excise variations, the writ is expressed as being "in force for as (so)

long as the (any) person named therein remains an officer, whether in the same capacity or not".[67] Since the writ was designed primarily to identify its holder as a person competent to exercise a repertoire of statutory powers of search and seizure, it is entirely appropriate that it should be issued to a named person, and, as provided by the *Customs Act* and the *Excise Act*, that its duration should be tied to the career of its holder. Indeed, given the writ's purpose, it is not a matter of any great significance whether the writ is valid for the life of the sovereign, the career of the officer or, for that matter, any lesser period.

What is important, if the writ is to serve its purpose, is that its duration be of sufficient length to exempt its bearer from any requirement of obtaining authorization on a search-by-search basis. The technique employed to ensure that exemption, in the case of the customs and excise legislation at least, was to provide that such writs as were issued were to remain in force "for as long as the person named therein remains an officer". This feature clearly stamps it as an instrument exempt from any requirement of particular applications for particular searches. And of course, that exemption carries with it collateral exemptions from any requirement of specifying the particular things to be searched for, the grounds for belief that those things are present on the premises to be searched and material to an offence reasonably believed to have been committed, and as well from any requirement that the writ be returnable in particular instances to the issuing authority.

4. The Writ as an Instrument of Unconstitutional Search and Seizure

Writs of assistance are presently available for the enforcement of the *Narcotic Control Act*, the *Food and Drugs Act*, the *Customs Act* and the *Excise Act*.[68] Although each of these writs has its own idiosyncracies of form and substance, the essential point is that they signify search and seizure powers which are untrammelled by judicial constraints, untrammelled by time constraints, and untrammelled by

constraints upon the use of force. What the writ legislation provides, then, is a regime of search without warrant: and the writ constitutes a licence which identifies those entitled to exercise these unique powers of search without warrant.

As a licence to engage in search without warrant, writs of assistance are manifestly deficient as to form, and hypocritical and confusing as to procedure. As well, we believe that the powers they represent are an affront to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* both as to substance and spirit.

The writs' manifest deficiencies of form could of course be rectified: (1) the ornate preamble could be rendered in less extravagant terms; (2) the obsolescence and redundancy of the phrase "authorized and empowered" could be rendered in more contemporary form to indicate that the bearer's powers flow not from the writ but from the statute; (3) the customs and excise writs could as well be redrafted to include a recital of precisely what makes them writs of assistance, namely, the bearer's "power to call in aid" a generality of persons, private and public alike, to assist in the search; and (4) the writs could be redrafted to ensure that their purpose is served as proof of the identity and competence of the bearer to exercise statutory powers of search and seizure, by directing them to the persons whose aid and assistance might be requisitioned, rather than to the bearer himself.

Equally, the hypocrisy and confusion entailed in the writs' issuance procedures could be rectified at a stroke — by having the Attorney General of Canada issue writs of assistance on his own authority, without implicating judges of the Federal Court in a parody of judicial decision-making.

Alternatively, judges of the Federal Court could be given the discretion promised by the then Minister of Justice in his announcement of April 6, 1978: the issuance of writs would be contingent upon whatever criteria are implied by the phrase, "the best interests of justice"; and the use of writs of assistance would be subject to *ex post facto* reporting requirements, on a search-by-search basis, in a return to the issuing court.[69] Manifestly, however, the writ would remain intact as an executive rather than a judicial instrument, since it would not be subject to prior judicial control over the circumstances of its use; and, in the absence of any remedial powers being attached to the *ex post facto* review, it is difficult to conceive of such reviews as an exercise of judicial jurisdiction.

As well, some at least of the writs' substantive idiosyncracies are amenable to rectification: (1) the contingencies authorizing forcible entry could be standardized and made conditional upon admission first having been demanded and refused; (2) similarly, resort to force at the stages of search and seizure could be standardized and pitched at criteria entailing a reasonable belief as to its necessity; (3) the times during which writ searches may be undertaken could similarly be qualified by a requirement that searches by night be reasonably believed to be necessary during those hours; (4) the anomalous restraint upon excise officers searching by night, unless accompanied by a peace officer, could simply be eliminated in the interests of uniformity; (5) equally, the excise writ's anomalous power of delegation could be removed, again in the interests of uniformity; (6) most important, perhaps, the standard of certainty which justifies the respective stages of entry, search and seizure, whether of premises or persons, could be set at one of reasonable belief and imposed systematically upon all four varieties of writ; (7) the narcotic and drug writs could be subjected to express limitations as to their duration, in terms compatible with the customs and excise writs; (8) finally, the writ's "power to call in aid" could be standardized across all four varieties of writ, the recital to include an indication of the consequences of refusal.

However, none of these rectifications, whether formal, procedural or substantive, would do more than render the writs more coherent and intelligible instruments for the exercise of highly intrusive powers of search and seizure. They would not resolve the issue of their constitutional validity. This turns on whether the powers signified by the writs of assistance respect the prospective guarantee against unreasonable search or seizure which the Commission believes inheres in section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.[70]

In relation to the customs and excise writs, as they stand, this issue is perhaps most easily resolved simply by referring to the relevant statutes. In the case of the *Excise Act*,[71] the powers of entry, search and seizure conferred upon writ-holders by subsection 76(1) are entirely unconstrained by any statutory requirement of reasonableness. In the *Customs Act*,[72] only the powers of seizure, but not the powers of entry and search, are subject to a requirement of reasonable belief. The disjunctive "or" in section 8 of the *Charter* ("Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure.") suggests the conclusion that the *Customs Act*'s search

powers, though not necessarily its seizure powers, are manifestly unconstitutional.

In the remaining statutes which make provision for writs of assistance, the *Narcotic Control Act* and the *Food and Drugs Act*,[73] the powers of search and seizure conferred upon writ-holders are conditioned upon a statutory requirement of reasonable belief. Arguably, therefore, the fact that resort to narcotic and drug writs is subject to a statutory prescription of reasonable belief might seem to dispose of the contention that these varieties of writ-assisted search and seizure were unconstitutional. And, arguably, making similar modifications to the other writ regimes might seem to rectify their constitutional objectionability.

However, the Commission would reject those arguments. The Commission firmly believes that the grounds for the exercise of investigative powers of entry, search and seizure should not, apart from exceptional circumstances, be in the sole discretion of the person exercising those powers. If such powers are meaningfully to comply with the *Charter*'s injunction against unreasonable search or seizure, the grounds for their exercise must, as a rule, be determined to be reasonable by a judicial officer, adjudicating before the event and upon particularly sworn information. To be sure, *ex post facto* judicial review remains a necessary, but complementary, means of realizing the significance of the *Charter*. But the most effective means of giving proper recognition to the prospective character of the constitutional right to be secure against unreasonable search or seizure is that of an independent judicial determination before the event. Hence the Commission's explicit preference for search with warrant as the rule and search without warrant as the exception, an exception to be confined to circumstances of recognized exigency and informed consent.[74]

The Commission contends that the powers exercised under writs of assistance are patently unconstitutional. The offensiveness of such powers inheres in the fact that the grounds for their exercise are determined to be reasonable by an interested peace officer rather than by a disinterested judicial officer. They are neither subject to independent judicial scrutiny before the event, nor constrained by statute within circumstances which would justify an exception to the rule requiring search with warrant.

Without the imperatives of judiciality and particularity, and absent a principled exemption from those imperatives, the powers of

search and seizure conferred upon writ-holders are, the Commission believes, inconsistent with the terms of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and on that account the writ is an instrument of unconstitutional search and seizure.

In making this assertion, the Commission is not unmindful that it was the evil of indiscriminate search and seizure conducted under the authority of "general warrants", the most prominent of which was the customs writ of assistance, which prompted the Fourth Amendment to the U.S. Constitution:

AMENDMENT 4

Unreasonable searches and seizures.

The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, unlike the American Fourth Amendment, does not make explicit a preference for search with warrant. The American jurisprudence on this issue is, however, both instructive and persuasive. The weight of American authority stands for the proposition that the preference for search by warrant is a necessary corollary to the injunction against unreasonable search and seizure. Thus, it is a basic principle of Fourth Amendment interpretation that searches of private premises without a warrant are presumed to be unreasonable, unless the search can be shown to fall within a narrow class of exceptions based, in the main, upon exigent circumstances.[75]

What makes a power to enter and search private premises without a warrant presumptively unreasonable is that its exercise should be conditioned upon a peace officer's, rather than a judicial officer's, determination of reasonable grounds. "When the right of privacy must reasonably yield to the right of search is, as a rule, to be decided by a judicial officer, not by a policeman or Government enforcement agent".[76] In the result, the Commission would urge a like interpretation for section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*: the enjoinder against unreasonable search or seizure carries by necessary implication a preference for search by warrant, issued by a judicial officer before the event and upon particularly sworn information.

As for the writ of assistance, it is merely the instrument of powers of search and seizure which themselves stand in fundamental conflict with section 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. To countenance its continued existence would be to perpetuate an instrument of unconstitutional search and seizure.

5. The Writ as an Affront to Common-Law Tradition

Whether the search powers signified by writs of assistance are unconstitutional is of course an issue upon which the Commission can only tender its considered opinion. Ultimately, the matter is one which will be resolved elsewhere, either by the Supreme Court of Canada or by Parliament itself. But whether or not the writs' powers of search and seizure should ultimately be pronounced unconstitutional, the Commission nevertheless urges their abolition on the grounds that they offend the common-law tradition of reserving powers of search without warrant to circumstances of recognized exigency or informed consent.

The common-law courts have traditionally constituted themselves as the forum in which agents of the State must make good their claims to power. In the context of powers of search of private premises and seizure of objects found thereon, the common law has taken a particularly strong position in defence of the privacy interests of individuals, seeking to ensure that coercive interventions are accomplished consistently with the rule of law. One manifestation of this protective tradition has been the imposition of judicial responsibilities upon the issuers of search warrants, responsibilities which help to limit the exercise of search powers to justified cases. In addition to the prior restraints embodied in warrant procedures, the common law has developed in its courts a set of *ex post facto* remedies. Whether before or after the event, however, the common-law tradition has been the same: to guarantee respect for the constraints upon sovereign power comprehended by the concept of the rule of law.

As a means of control, the common law has viewed prior restraint as clearly preferable to *ex post facto* review. In the vernacular, an ounce of prevention is worth a pound of cure. Accordingly, ours has long been a system in which prior judicial authorization is a general precondition of lawful search of private premises, a tradition in which search with warrant is the rule and search without warrant the exception.

To be sure, the exceptions are today perhaps more significant than the rule itself. But these exceptions are no less exceptions for all their greater numerical significance. As a matter of principle, the warrant with its protective features remains the preferable means of authorizing intrusions, to be used unless a persuasive reason for an exception obtains. At common law, exceptional powers of search without warrant have been available only in circumstances of recognized exigency or informed consent.

The exception of consent hardly warrants elaboration except perhaps to say that judicial authorization to suspend an individual's personal or property rights is superfluous where the individual consents to such a suspension. Precisely which exigencies qualify for recognition at common law is worth some elaboration, however. At a minimum, the common-law power of search without warrant is available for a search conducted as an incident of lawful arrest, where reasonably prudent to do so (a) for the purpose of discovering a concealed weapon or any article which the suspect might use to injure himself or others or to assist him to escape; or (b) to secure or preserve evidence with respect to the offence for which the suspect has been arrested;[77] where a person is arrested on private premises, this power also permits the immediate search of that part of the premises within his control. As well, there has been some recognition of a common-law power of entry to prevent the commission of offences reasonably believed likely to cause immediate and serious personal injury;[78] and some recognition of even broader powers to enter private premises in order to prevent a breach of the peace, or perhaps even to prevent the commission of any offence believed imminent or likely to be committed.[79] More certain, however, is the common-law power, after proper demand, to enter private premises, forcibly and without a warrant, to search for and arrest a person named in an outstanding warrant who is reasonably and probably believed to be on the premises.[80]

As well as these common-law powers of warrantless search, there is a further category of exceptions to the general rule that

search shall be by warrant. Parliament has, not infrequently, availed itself of its power of supreme legislative competence and created statutory extensions to the power to search and seize without warrant. In some cases, such as the provisions of section 101 of the *Criminal Code* covering searches for weapons, the legislation has merely made explicit or modified pre-existing common-law powers. In other cases, the result has been the creation of new or vastly expanded powers of search and seizure.

Among the most conspicuous such powers in Canadian law are those conferred by the items of legislation presently under consideration, the *Customs Act*, the *Excise Act*, the *Narcotic Control Act* and the *Food and Drugs Act*.[81] Statutory exceptions to the prohibition against search without warrant have also been invoked to cover a mass of statutory provisions authorizing various inspectors to enter and search, without warrant, various areas or premises for various purposes. Thus, a regime of search without warrant has been made available by statute for the enforcement of such diverse items of legislation as the *Migratory Birds Convention Act*,[82] the *Aeronautics Act*,[83] the *Fisheries Act*,[84] and the *Animal Contagious Diseases Act*.[85]

Indeed, the principles which make search with warrant the rule, and search without warrant the exception, have been so qualified by considerations of expediency that the rule is perhaps better rendered in the following terms: all searches and seizures are unlawful unless conducted under the authority of a warrant or, in the absence of a warrant, unless conducted in accordance with one of the following criteria:

(a) in response to legally-recognized circumstances of such seriousness and urgency as to require and justify immediate action without the authority of a warrant;

(b) at the invitation or with the consent of the person to be searched; and in the case of premises or vehicles, at the invitation or with the consent of the person occupying the premises or in charge of the vehicle; or

(c) pursuant to specifically-designated statutory authority.

More briefly rendered, the exceptional power of search without warrant is available only in circumstances of recognized exigency or informed consent, or where otherwise specifically authorized by statute.

The Commission believes that this third exception — where otherwise authorized by statute — may have sharply to be curtailed if powers of search and seizure are meaningfully to comply with the *Charter*'s enjoinder against unreasonable search or seizure. In addition, the Commission would urge respect for the common-law tradition that search and seizure be accomplished within the rule of search with warrant or within the principled exceptions to that rule, recognized exigency and informed consent. That is not to say that the power of search without warrant should never be conferred by statute on grounds of expediency. It is rather to say that such powers are an affront to common-law conventions, that there should on that account be as few such exceptions as possible, and that they should not in any event be allowed to proliferate indiscriminately.

Clearly, the issue of whether customs, excise, narcotics and drug enforcement are or are not appropriate instances for suspending the imperatives of judiciality and particularity is one upon which reasonable persons can be expected to differ. Different persons will accord different significance to the values of revenue protection and suppression of illicit drugs. The values assigned to these objects will, without more, determine the balance to be struck between police powers and individual liberties. Clearly, some would urge that nothing short of real or apprehended insurrection can justify the suspension of the traditional restraints upon police powers. Others, with equal claims to rationality, would urge that either or both of the objects of this legislation — revenue protection and suppression of illicit drugs — approach the "clear and present danger" criterion which justifies the suspension of fundamental rights and liberties. How one resolves this issue will therefore depend upon the value one assigns to these legislative objects, on the one hand, and, on the other, the significance one assigns to common-law tradition and to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

For our part, we do not accept that revenue protection and the suppression of illicit drugs compel a regime of licensed search without warrant. Indeed we would assert that a statutory regime which exempts the State from justifying its use of intrusive search powers before the event, and which confers powers of search and seizure unbounded by limitations as to the use of force, unbounded by time, unbounded by place, and unbounded by requirements of reasonable belief is necessarily antithetical to our common-law traditions and our constitutional aspirations. To echo the advice of the Australian Law Reform Commission on writs of assistance, we

believe that these instruments of search and seizure should long since have been abolished and we recommend that their demise be delayed no longer.[86]

6. The Writ as an Unnecessary Instrument of Search and Seizure

For the Commission, it is enough that the writ of assistance is an instrument of unconstitutional search and seizure and an affront to common-law tradition. Either or both of those grounds represents ample justification for urging that writs of assistance be forthwith abolished.

The Commission is of course aware that, in some quarters at least, its recommendation could be criticized for having taken insufficient account of the pragmatics of contemporary drug, customs and excise enforcement. To that observation, the Commission would respond that the writ is an unnecessary instrument of search and seizure.

As it happens, customs and excise writs were acknowledged as being unnecessary by the federal government in 1978.[87] It was on that basis that the then Minister of Justice, the Honourable Ron Basford announced that customs and excise writs were to be abolished, while narcotic and drug writs were to be retained, subject to substantial modifications upon their issuance and use.[88]

We accept the conclusion that customs and excise writs are unnecessary and should therefore be abolished. However, we respectfully take issue with the Minister's criteria of necessity and, consequently, with the decision to retain writs of assistance for narcotic and drug enforcement.

What is it, then, which would make the drug writs necessary instruments of search and seizure? For the then Minister of Justice and Attorney General of Canada, there were three principal

considerations: the pervasive influence of organized crime in drug trafficking; the covert nature and ease of transportation and disposal of illicit drugs; and the difficulty of obtaining search warrants on very short notice.[89] Acknowledging the verity of all three of these considerations, however, one is not compelled on that account to concede the necessity for writs of assistance in narcotic and drug enforcement. Indeed, the Commission respectfully suggests that these considerations attest, at most, to the writ as a useful and convenient instrument of search and seizure, but not to its necessity.

For the R.C.M.P., the claim for the writ's necessity is typically made out by reference to the difficulties of obtaining search warrants in the exigent circumstances common to drug investigations.[90] The profits from illicit drugs attract organized and experienced traffickers; this sophistication, together with the ease with which illicit drugs may be concealed, transported and disposed, make the time element a critical factor in drug enforcement. Even if justices of the peace were more readily available, the delay entailed in seeking the authorization of a warrant would frequently jeopardize the success of the investigation. Thus, where time is of the essence — and in drug enforcement this is said to be more frequently the case than not — the search warrant is too frequently a wholly impracticable alternative.

For its part, the Commission would pitch its criteria of necessity rather higher. The writ's utility and convenience are of course acknowledged, but neither of these attributes qualifies the writ as a necessary instrument of search and seizure. Indeed, the writ's utility and convenience are advantages common to all powers of search without warrant. But to qualify as a necessary instrument of search and seizure, the writ must be evaluated against more stringent criteria.

For the Commission, the question to be addressed before writs of assistance can properly be pronounced necessary or unnecessary is this: Do the objects of the *Narcotic Control Act* and the *Food and Drugs Act* present such peculiar enforcement problems that, in the absence of a regime of licensed search without warrant, these objects would be frustrated? Are there, in other words, instances of search and seizure which cannot be accomplished within the rule of search with warrant or within the principled exceptions to that rule: recognized exigency and informed consent?

In order to answer that question, it is helpful first to refer to some of the case histories typically cited to demonstrate the necessity for writs of assistance.[91]

Case history 1:

Importation

A shipment of drugs is detected on arrival at an airport and the destination address and consignee are fictitious. Surveillance is instituted to determine who will claim the drugs and the destination to which they will ultimately be delivered. The location of the ultimate destination only becomes known to the R.C.M.P. after they have followed the courier and the drugs to it. The most effective search must take place within a few minutes after the drugs have been delivered when the suspects are busy unpacking and the financiers or bosses are present to ensure they have got their money's worth. There is not sufficient time to get a Search Warrant for that particular rooming-house if the search is to be made at the best moment and a Writ of Assistance must be used to enter the premises and search....

Case history 2:

Development of a Heroin Trafficking Conspiracy at the Street Level

Information is received that a heroin trafficker is selling drugs from a local pool hall. As a result of this information observations are commenced by the R.C.M.P. The trafficker meets an addict in the pool hall and a transaction appears to take place as money changes hands and the addict places something in his mouth. The addict leaves the pool hall and is followed by the R.C.M.P. surveillance team. It is not feasible to search the addict on the street as invariably the addict carries the heroin in his mouth and if approached simply swallows the evidence. The addict is followed to a local rooming-house where he obtains a room. Time now becomes an important factor as the investigators must conduct the search when the heroin has been readied for injection, as this is the only time the addict cannot easily dispose of the evidence by swallowing or flushing down the drain. A Writ of Assistance must be utilized as the investigators must act within three to five minutes of the addict entering the room. There is not sufficient time to obtain a search warrant and one could not have been obtained at the commencement of the investigation as the addict only rented the room after obtaining the heroin....

Case history 3:

Controlled Delivery

Reliable information has been received that a shipment of cocaine has arrived via first-class mail for a known drug trafficker. The Post Office Act does not permit investigators to open or tamper with the parcel and consequently the drugs cannot be substituted with a harmless powder or even a sample obtained for analysis and evidential purposes. Through liaison with Postal Officials it is ascertained the date and approximate time the parcel will be delivered. The addressee lives in a highrise apartment building. Prior to delivery of the parcel, R.C.M.P. investigators obtain a Search Warrant[92] for the suspect's apartment and commence surveillance of the building. The parcel is delivered by a Postal Carrier and accepted by the suspected trafficker. A search cannot be conducted immediately, as to prove knowledge of the drugs the parcel must first be opened. As this apartment building is frequented by the drug milieu, the investigators cannot seek the co-operation of the Superintendent or other tenants. Consequently, it is impossible to maintain continuous surveillance on the door to the apartment of the accused, although all building exits are covered. After the suspect has been allowed time to open the parcel (approximately five to ten minutes) the apartment is entered under authority of a Search Warrant. While the suspect's wife is at home, both the suspect and the package of drugs have disappeared. Through interrogation of the wife it is learned the suspect took the parcel and went next door to his friend's apartment. As there is not sufficient time to obtain a Search Warrant, the friend's apartment is entered under authority of a Writ of Assistance. Both the suspect and his friend are apprehended in the process of flushing the cocaine down the toilet, as they had heard the investigators enter the apartment across the hall and knew that eventually the friend's apartment would also be searched. Sufficient drugs were recovered to charge both individuals with Illegal Importation of Cocaine. If a Writ of Assistance had not been held by one of the investigators, there would have been no case as the drugs would have been destroyed by the time a Search Warrant was obtained.

Case history 4:

Police Surveillance Resulting in Search

A residence (dwelling house) is known to house a high level trafficker and is maintained under police surveillance for a given length of time. It is known that he is awaiting a shipment of heroin and has been accumulating the necessary ingredients and paraphernalia to "cut" (dilute) and package it in ounce or capsule lots for resale. Reliable information or indications are such that two of his associates arrive with the heroin and to assist in this operation. As a warrant under the

Narcotic Control Act cannot be issued in advance of drugs arriving at a certain location, it is imperative that a Writ of Assistance be available to enter these premises at the most opportune time, usually within a half hour after the drugs have arrived. Because of the time element, it may be impossible to obtain a search warrant in order to enter the premises while all three subjects are in possession of the heroin.

Case history 5:

Heroin Capping-Up Operation

Reliable information is received by drug investigators that Trafficker A has a large quantity of heroin at his disposal. Surreptitious searches of the area reveal the drugs to be secreted in the basement (or other) area of a large apartment complex (or outside in the yard). The cache is substituted with a known diluent and continuous surveillance is then maintained on it. Trafficker A has B, another member of the drug syndicate, pick-up the narcotics in order to package them for street level trafficking. Police follow target B to his destination, a previously unknown dwelling house, where he is met by traffickers A and C, who is yet another member of this drug trafficking organization. A short time after all are in the premises, the police enter using a Writ of Assistance and are able to apprehend three very important traffickers in possession of the narcotics. Aside from considering the time element involved in which enforcement action must be taken, situations of this nature often occur during the early hours of the morning and great distances from a Justice of the Peace from whom a Search Warrant would have to be obtained.

Case history 6:

Heroin Trafficking in Edmonton

Three members of a major drug trafficking syndicate were arrested in Edmonton after the seizure of 3,250 capsules of heroin, ten pounds of tetracaine and in excess of $8,000.00. This was a lengthy and complex investigation where the traffickers were followed for approximately two weeks. The investigation was eventually terminated after one of the traffickers was observed entering his hotel room with two suitcases which were suspected of containing the drugs. As soon as he left the room, a Writ of Assistance was used by police to gain lawful entry and to confirm that the suitcases did in fact contain the drugs. Samples were taken and constant observations were maintained on the room. Shortly after the return of the two traffickers, a Writ of Assistance was again utilized to enter the room, make the arrests and effect the seizure. Had Writs of Assistance not been available, the police would have only had one hour and fifty minutes to obtain a Search Warrant and confirm that the drugs were present prior to the return of the traffickers. The

principal figure in this trafficking conspiracy was convicted and sentenced to imprisonment for 10 years. A Stay of Proceedings was entered against the other two accused.

Case history 7:

Heroin Trafficking in Toronto

A major heroin investigation was terminated in Toronto with the seizure of 10 lbs. of heroin from a hotel room and an additional 15 lbs. from a private residence. This investigation involved negotiations between an undercover operator and a trafficker for the purchase of the heroin. Final negotiations were conducted in the operator's hotel room and then the operator left with the trafficker to obtain the heroin at an unknown location. They were followed to the trafficker's room in a separate hotel and a Writ of Assistance was utilized in order that immediate enforcement action could be taken for the protection of the undercover operator and to effect the seizure. Subsequent investigation revealed the location of the remainder of the heroin and a Writ of Assistance was also utilized to search the dwelling house in which it was located due to the urgency of the situation and because a Justice of the Peace was not readily available at that early hour of the a.m. to issue a Search Warrant. This investigation resulted in a life sentence for an internationally known heroin trafficker.

Even the most superficial scrutiny of these case histories demonstrates quite clearly that the writ of assistance does not represent the power of last resort. Quite inexplicably, the writ's proponents seem not to appreciate that subsection 450(1) of the *Criminal Code* permits private premises to be entered in order to effect an arrest without warrant.[93] The Commission will have more to say about the propriety of this ancillary power of entry when it completes its work on police powers of arrest. For the moment, however, it should be understood that the power of arrest without warrant, in conjunction with its ancillary powers of entry and search incidental to arrest, would have sufficed to authorize all but one of the searches described in the case histories cited above.

Thus, for example, the police in Case history 1 could have entered the premises (apparently, a rooming house) in which the courier, financiers and distributors were making their transaction. The police could then have arrested the parties[94] and, as a lawful incident of that arrest, searched them[95] and the areas within their control.[96] All this, without resort to an arrest warrant, a search warrant or, for that matter, a writ of assistance. Nor, prior to entering the premises, need the police have given notice of their purpose and

demanded admittance, since these common-law limitations upon forcible entry may be dispensed with if, to observe the requirements, would be to risk the destruction or removal of the contraband.[97]

Having entered, made their arrests and conducted their searches of the parties and the areas within their control — all without the authorization of a warrant — the police might then have had reasonable grounds to conduct a more extensive search of the premises. In that event, with the premises secured by the arrest of the occupants, there would be no obvious impediment to obtaining a search warrant to authorize the search of the remainder of the premises.

With minor variations, the arrest without warrant powers of subsection 450(1) of the *Criminal Code*, together with its ancillary powers of entry and search incidental to arrest, would have sufficed as authorization for all but one of the searches of residential premises described in the case histories. The exception, which is to be found in Case history 6, is the surreptitious entry or intelligence probe.[98]

It will be recalled that in Case history 6 a trafficker was observed to enter his hotel room with two suitcases, suspected by the police to contain drugs. During an interval of one hour and fifty minutes while the trafficker was away from his room, the police entered, ostensibly under the authority of a writ of assistance, for the purpose of confirming their suspicions about the contents of the suitcases. Their suspicions having been confirmed, the police kept the hotel room under surveillance until the traffickers returned, whereupon entry was again effected using a writ of assistance, the suspects were arrested, and the drugs were seized.

It can of course be conceded that, in the one hour and fifty minutes available, the police would have been hard-pressed to obtain a search warrant for the first of their entries.[99] More to the point, however, it is very doubtful whether a search warrant could properly have been issued to authorize the surreptitious entry described in Case history 6. This entry, it will be recalled, was directed to confirming the investigators' suspicions that drugs were on the premises. As a standard of certainty, mere suspicion falls short of the reasonable belief required for obtaining a search warrant. Quite simply, there is no statutory or common-law authority which would permit these entries or probes, whether surreptitious or otherwise, where they are undertaken for the purpose of confirming or refuting

an investigator's suspicions, or for the purpose of elevating mere suspicion into reasonable belief.[100]

To take this issue one step further, let us suppose that the police in the illustration at hand did have sufficient reasonable grounds to believe that there were drugs on the premises; let us assume, in other words, that they could lawfully have obtained a warrant. Instead of seeking merely to confirm their suspicions, they were anxious to enter surreptitiously in order to avoid alerting the suspects, and so jeopardizing the investigation, in the event that the drugs were not in fact on the premises.

The Commission would concede that, subject to a reasonable belief as to the presence of narcotics or drugs on the premises, both the *Narcotic Control Act* and the *Food and Drugs Act* would permit a surreptitious entry under the authority of a search warrant or a writ of assistance.[101] The Commission would observe, however, that unoccupied premises present no risk of the contraband's destruction or removal. That risk is obviously one that can only be presented by suspects on the premises *and* in possession of the contraband. Where, then, is the exigency which makes it necessary to resort to a writ of assistance? If the suspects *and* the contraband are present, the premises can be entered, the suspects arrested and the contraband seized, quite independently of the writ of assistance. Should the contraband be present but the suspects absent, the police have three options: they can obtain a search warrant and seize the contraband; they can obtain a search warrant but delay execution until the suspects' return; or they can await the suspects' return and rely upon the statutory power of arrest without warrant and its ancillary powers of entry and search incidental to arrest.

In the result, the Commission would conclude that the objects of the *Narcotic Control Act* and the *Food and Drugs Act* do not present such peculiar enforcement problems that, in the absence of writs of assistance, those objects would be frustrated. To answer the question posed earlier in this section, we do not accept that there are instances of search and seizure which cannot be accomplished within the rule of search with warrant or within the principled exceptions to that rule — recognized exigency and informed consent.

7. Conclusion and Recommendations

In this Report, the Commission has variously characterized the writ of assistance as an instrument of unconstitutional search and seizure, as an affront to common-law traditions, and as an unnecessary instrument of search and seizure. For all of these reasons, therefore,

We recommend that the writ of assistance be forthwith abolished by amendments to the *Narcotic Control Act*, the *Food and Drugs Act*, the *Customs Act*, and the *Excise Act*.

We further recommend that all writs of assistance now extant be forthwith submitted to the Administrator of the Federal Court of Canada for immediate cancellation.

We further recommend that subsection 134(1) of the *Customs Act* be amended to provide for the issuance of search warrants for execution by day or, upon reasonable cause having been shown, by night; and that subsection 134(3) of the *Customs Act* be repealed so as to abolish the customs officer's powers of entry without warrant where no justice is to be found within five miles of the premises to be searched.[102]

APPENDIX:

Sample

Writs of Assistance

1. *Narcotic Control Act* 47

2. *Food and Drugs Act* 48

3. *Customs Act* 49

4. *Excise Act* 50

In the Federal Court of Canada T-665-76 (14)

Trial Division

Elizabeth 11, *by the Grace of God of the United Kingdom, Canada and Her Other Realms and Territories Queen, Head of the Commonwealth, Defender of the Faith*

To . X .....
A member of the Royal Canadian Mounted Police

GREETING:

You are hereby authorized and empowered, pursuant to subsection (3) of Section 10 of the *NARCOTIC CONTROL ACT*, aided and assisted by such person as you may require, at any time, to enter any dwelling house and search for narcotics.

Issued under the authority of a Judge of our Federal Court of Canada, at Ottawa, this 23rd day of February in the year of our Lord one thousand nine hundred and seventy-six and in the 25th year of our Reign.

Cour fédérale du Canada

Division de Première Instance

Elisabeth 11, *par la grâce de Dieu, Reine du Royaume-Uni, du Canada et de ses autres royaumes et territoires, Chef du Commonwealth, Défenseur de la Foi*

A ..... X .....
Un membre de la Gendarmerie Royale du Canada

SALUT:

Vous êtes autorisé et habilité par les présentes, conformément au paragraphe (3) de l'article 10 de la LOI SUR LES STUPEFIANTS, aidé et assisté de tel individu que vous pouvez requérir, à entrer à toute heure dans une maison d'habitation quelconque pour y découvrir des stupéfiants.

Délivré en vertu de l'autorité d'un juge de notre Cour fédérale du Canada, à Ottawa, ce 23 ~~ème~~ jour de février en l'an de grâce mil neuf cent soixante-seize , dans la 25e année de notre Règne.

.....Marcel A.J. Dompierre... (Signed).....
Registry Officer — Fonctionnaire du Greffe

In the Federal Court of Canada

Trial Division

Elizabeth 11, *by the Grace of God of the United Kingdom, Canada and Her Other Realms and Territories Queen, Head of the Commonwealth, Defender of the Faith* T-3-76(35)

To ..... X .....

A member of the Royal Canadian Mounted Police

GREETING:

You are hereby authorized and empowered, pursuant to subsection (3) of section 37 and section 45 of the FOOD AND DRUGS ACT, aided and assisted by such person as you may require, at any time, to enter any dwelling house and search for controlled drugs and restricted drugs.

Issued under the authority of a Judge of our Federal Court of Canada, at Ottawa, this 8th day of January in the year of our Lord one thousand nine hundred and seventy-six and in the 24th year of our Reign.

Cour Fédérale du Canada

Division de Première Instance

Elisabeth 11, *par la grâce de Dieu, Reine du Royaume-Uni, du Canada et de ses autres royaumes et territoires, Chef du Commonwealth, Défenseur de la Foi*

A ..... X .....

Un membre de la Gendarmerie Royale du Canada

SALUT:

Vous êtes autorisé et habilité par les présentes conformément au paragraphe (3) de l'article 37 et à l'article 45 de la LOI DES ALIMENTS ET DROGUES, aidé et assisté de tel individu que vous pouvez requérir, à entrer à toute heure dans une maison d'habitation quelconque pour y découvrir des drogues contrôlées ou des drogues d'usage restreint.

Délivré en vertu de l'autorité d'un juge de notre Cour fédérale du Canada, à Ottawa, ce 8ieme jour de janvier en l'an de grâce mil neuf cent soixante-seize , dans la 24e année de notre Règne.

.....

Registry Officer — Fonctionnaire du Greffe

Court No. T-1306-73 (2)
NO. DE LA COUR

IN THE FEDERAL COURT OF CANADA

TRIAL DIVISION

ELIZABETH II, the by Grace of God of the United Kingdom, Canada and Her Other Realms and Territories Queen, Head of the Commonwealth, Defender of the Faith.

To X , a Customs officer;

GREETING:

You are hereby authorized, pursuant to section 145 of the Customs Act, to enter, at any time in the day or night, into any building or other place within the jurisdiction of this Court, to search for and seize and secure any goods which you have reasonable grounds to believe are liable to forfeiture under the Customs Act, and, in case of necessity, to break open any doors and any chests or other packages for that purpose.

Witness a Judge of our Federal Court of Canada, at Ottawa, this 6th day of April in the year of our Lord one thousand nine hundred and seventy-three and in the twenty-second year of our Reign.

DIVISION DE PREMIÈRE INSTANCE DE LA COUR FÉDÉRALE DU CANADA

ÉLISABETH DEUX, par la Grâce de Dieu, Reine du Royaume-Uni, du Canada et de ses autres royaumes et territoires, Chef du Commonwealth, Défenseur de la Foi.

À X , fonctionnaire des douanes.

SALUT:

Vous êtes autorisé par les présentes, en vertu de l'article 145 de la Loi sur les Douanes, d'entrer en n'importe quel temps de jour ou de nuit, dans tout bâtiment ou autre lieu, qui relève de la juridiction de cette Cour, pour y chercher, saisir, et mettre en sûreté tous effets que vous avez des motifs raisonnables de supposer possibles de confiscation en vertu de la Loi sur les Douanes, et en cas de nécessité, vous pouvez, dans ce but, enfoncer les portes et briser les coffres et autres colis.

Témoin, un Juge de la Cour Fédérale du Canada, à Ottawa, ce 6ième jour d'avril en l'an de grâce mil neuf cent soixante-treize et la vingt-deuxième année de notre Règne.

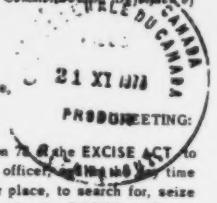
(S) (SGD) T.J.L. Howard

Registry Officer
Fonctionnaire du greffe

COURT No.
No DE LA COUR T-4740 73

In the Federal Court of Canada
Trial Division

Elizabeth 11, *by the Grace of God of the United Kingdom, Canada and Her Other Realms and Territories Queen, Head of the Commonwealth, Defender of the Faith.*



To X

a member of the Royal Canadian Mounted Police Force, GREETING:

You are hereby authorized, pursuant to Section 78 of the EXCISE ACT, to enter, in the night time, if accompanied by a peace officer, and in the day time without being so accompanied, any building or other place, to search for, seize and secure any goods or things liable to forfeiture under the EXCISE ACT, and in case of necessity, to break open any entrance or other doors, walls, floors, windows or gates and any chests or other packages for that purpose.

Witness a Judge of our Federal Court of Canada, at Ottawa, this 21st day of November in the year of our Lord one thousand nine hundred and seventy-three and in the 22nd year of our Reign.

. . . . . .

Division de première instance de la Cour Fédérale du Canada

Elisabeth Deux, *par la Grâce de Dieu, Reine du Royaume-Uni, du Canada et de ses autres royaumes et territoires, Chef du Commonwealth, Défenseur de la Foi.*

Au X

membre de la Gendarmerie royale du Canada,

SALUT:

Vous êtes autorisé par les présentes, en vertu de l'article 78 de la LOI SUR L'ACCISE d'entrer de nuit, si vous êtes accompagné d'un agent de la paix, et de jour sans être ainsi accompagné, dans tout bâtiment ou autre lieu, pour y perquisitionner, saisir et mettre en sécurité toutes marchandises ou choses passibles de confiscation en vertu de la LOI SUR L'ACCISE, et en cas de nécessité, vous pouvez ouvrir de force les entrées ou autres portes, démolir les murs, planchers, fenêtres ou barrières et défoncer les coffres ou autres colis à cet effet.

Témoin, un Juge de la Cour Fédérale du Canada, à Ottawa, ce 21ième jour de novembre en l'an de grâce mil neuf cent soixante-treize 221ème année de Notre règne.

DEPUTY CLERK OF PROCESS
Registry Officer
Fonctionnaire du greffe

Endnotes

1. *An Act for preventing Frauds, and regulating Abuses in his Majesty's Customs*, (hereinafter referred to as the *Act of Frauds*) 1662, 13 & 14 Car. 2, c. 11, s. 5(2).

2. For a closer analysis of what the 1662 writ was *not*, see M. H. Smith, *The Writs of Assistance Case* (Berkeley: University of California Press, 1978), especially pp. 31-40 and pp. 401-2.

3. Sir Edward Coke, *Third Institute*, p. 162; cited and elaborated by Smith, *supra*, note 2, pp. 32-3.

4. Smith, *supra*, note 2, pp. 38-9, credits William De Grey, Attorney General of England, for correctly perceiving the essential significance of the writ of assistance, citing in support De Grey's August 20, 1768 Opinion "touching the Granting Writts of Assistance in America":

   > The Power of the Custom House Officer ... is given by Act of Parliament, and not by This Writ, wch. does nothing more than facilitate the Execution of the Power by making the disobedience of the Writ a Contempt of the Court; the Writ only requiring all Subjects to permit the Exercise of it to aid it. *The Writ is a Notification of the Character of the Bearer to the Constable & others to Whom He applies & a Security to the Subject agst. others Who might pretend to such authority.* (*Ibidem*, p. 38 — Emphasis added)

   The entire text of the Opinion is reproduced as Appendix A to Smith, *supra*, note 2, p. 520.

5. The task of chronicling and dispelling the various confusions between writs of assistance and search warrants has been most ably accomplished by M. H. Smith. See Smith, *supra*, note 2, especially pp. 37-40.

6. *Ibidem*, pp. 401-2.

7. *Ibidem*, pp. 31-2, 39.

8. *Ibidem*, pp. 307-8.

9. For an account of the role of writs of assistance in pre-revolutionary America, see Smith, *supra*, note 2.

10. This phrase, "prohibited and uncustomed", and its subsequent dilution to "prohibited *or* uncustomed", has its own considerable history. See Smith, *supra*, note 2, pp. 27, 42, 45-50. Briefly, it seems that the principal reason for this double-barrelled qualifier was that one year earlier the customs had been put in farm, an arrangement which left customs enforcement in private hands from 1661 to 1671. A statute purporting to authorize intrusions upon residential premises by perambulating customs "privateers" in search of merely undutied goods would have been too extreme for the temperament of the times. Hence, if customs searches of residential premises were to be countenanced, the permissible objects of seizure had necessarily to be specified in terms of a distinctively public interest. As Smith, *supra*, note 2, puts it at pp. 42 and 47-8:

> A mode of enforcement that trenched upon the rights of hearth and home was one thing when directly and exclusively for the public benefit; it was quite another when the principal interest served was substantially a private one.... A power of customs entry for search for prohibited goods was unobjectionable, if not positively desirable, since prohibition was a matter of public interest exclusively. But goods that were undutied represented a mere private loss, in regard to which so serious an encroachment upon another man's private rights was less acceptable.

11. Although writs of assistance and search warrants were distinct instruments of search and seizure, it would seem that both of these latter features were designed to ensure that the writ corresponded as closely as practicable to common-law requirements for search warrants, i.e., that they be executed by day and that they be directed to constables or other public officers rather than to private persons.

    On this point, and on the role of Sir Matthew Hale in identifying (or creating) these common-law restraints upon search and seizure with warrant, see Smith, *supra*, note 2, pp. 26-7.

12. This doctrine had been given statutory expression in the customs legislation (*An Act to prevent Fraudes and Concealments of His Majestyes Customs and Subsidyes*, 1660, 12 Car. 2, c. 19) that most immediately preceded the *Act of Frauds* of 1662. The short-lived customs search warrant for which provision was made in 1660 was subject to this proviso in section 4:

> Provided alsoe That if the Information wherupon any House shall come to be searched shall prove to be false, that then and in

such case the party injured shall recover his full damages and costs against the Informer by Action of Trespass to bee therefore brought against such Informer.

The 1660 statute provided in section 3 for its own demise upon "the end of the first Session of the next Parliament". It received a second and presumably fatal death-blow in 1825, as one of 442 statutes relating to customs to be repealed by *An Act to repeal the Several Laws relating to the Customs*, 1825, 6 Geo. 4, c. 105.

Notwithstanding its brief legislative appearance, the doctrine of "justification by the event" was yet another manifestation of the common law's reluctance to countenance intrusions upon private property which might disrupt the peace. It was given its most succinct expression in Sir Matthew Hale's *History of the Pleas of the Crown* (1736):

> If the goods be not in the house, yet it seems the officer is excused, that breaks open the door to search, because he searcheth by warrant, and could not know, whether the goods were there till search made; but it seems the party, that made the suggestion is punishable in such case, for as to him the breaking of the door is *in eventu* lawful, or unlawful, *viz.* lawful if the goods are there; unlawful if not there. (Vol. II, p. 151)

In seventeenth century England the doctrine was one of general application, punishing the informant for unsuccessful searches whether with warrant or writ of assistance, and extending as well to condemnation proceedings that failed to result in an order for forfeiture. Well into the eighteenth century in the case of search with warrant, and at least well into the nineteenth century in the case of writ-assisted search and seizure, the common law obliged those engaging in such potentially disruptive activities to condition their intrusions upon a standard of certainty approaching the absolute. Thus, for example, De Grey C.J. in *Bostock* v. *Saunders* (1773), 96 E.R. 539, p. 540, in an action for trespass against an excise officer who had undertaken an unsuccessful search under the search warrant of two commissioners, procured by himself:

> But the suspicion must be very well founded to justify entering a house without the owner's consent. Every man's house is his castle. Lord Hale, 2 H.P.C. 150, lays down these guards upon executing search-warrants, even at common law: — 1. There must be an oath; 2. Grounds declared; 3. The warrant must be executed in the day-time; 4. By a known officer; 5. In the presence of the party informing. Yet though all these precautions are observed, the informer is liable to an action if nothing [is] found. He is justifiable or not by the event.... In the Customs, by the statute of 12 Car. 2, c. 19, power may be given by the Barons

> of the Exchequer to make search in the day-time. And any person so authorized by writ of assistance(s), may search in the day-time, and accompanied by a peace officer. But he is still only justifiable in an action of trespass by the event.

Bostock v. *Saunders* was subsequently overruled by *Cooper* v. *Booth* (1785), 170 E.R. 564, at least in so far as it purported to apply the doctrine of justification by the event to searches conducted pursuant to magistrate-issued warrants, for which there was express statutory provision that they be obtainable by a sworn attestation of reasonable grounds of suspicion. *Per* Lord Mansfield in *Cooper* v. *Booth*, p. 568, "the Act is entirely adapted to the case of probable circumstances; the objection [that the excise officer, either in his capacity as procurer or executor of the warrant, is liable in trespass for an unsuccessful search] requires positive certainty." However, Lord Mansfield, *in obiter*, left open the question of what application, if any, the doctrine of justification by the event might have to writ-assisted search and seizure:

> [T]he distinction I have always taken is this, that to justify under a writ of assistance, the officer must find the goods he searches for; but a warrant will justify without. (*Ibidem*, p. 565)

The rigours of the doctrine of justification by the event had in any case been relaxed for warrant-authorized search and seizure by the statute of 19 Geo. 2, c. 35 (1746) "to the extent that if the court certified probable cause for the seizure an action for damages was in effect barred." (Smith, *supra*, note 2, p. 13, n. 9)

The doctrine seems, however, to have been more resiliant in relation to writs of assistance, presumably because customs officers were perceived as acting, if not in their own private interest, certainly on their own information. Whatever the reason, as late as 1830 Lord Tenterden C.J. was asserting, in *R.* v. *Watts and Watts*, 109 E.R. 749, p. 753, that the customs legislation providing for writs of assistance did not confer a "general and unqualified authority to search", but that such entry and search required some kind of justification. In the particular circumstances of the case, Lord Tenterden declined to specify precisely the nature of the required justification, but adverted to three possibilities:

> whether ... the officer can only be justified by the event; or whether the officer will be justified if he enters upon reasonable cause of suspicion to be proved by him, as his justification, at the trial; or will be justified by proving that uncustomed goods were actually in the house at the time of his entry, are points which it is not now proper to determine.... (*Ibidem*, p. 753)

13. *Leglise* v. *Champante* (1728), 93 E.R. 871: "... in these cases [writ-assisted customs enforcement] the officer seizes at his peril, and ... a probable cause is no defence."

14. "In case of a complaint and oath of goods stolen, and that he suspects the goods are in such a house, and shews the cause of his suspicion, the justice of the peace may grant a warrant to search in those suspected places mentioned in his warrant..." (Hale, *supra*, note 12, p. 113)

    Although Hale's *Pleas of the Crown* was not published until 1736, some sixty years after his death, his specifications for warrant-authorized intrusions presumably reflected those of the common law at the time the writ was introduced in 1662. See Smith, *supra*, note 2, p. 338.

15. Smith properly emphasizes, however, that until the 1760s there was very little in the way of firm judicial precedent about how particularly search warrants ought properly be framed as to the premises to be searched. Apart from Hale's observation that "the general warrant to search all places, whereof the party and officer have suspicion, tho it be usual, yet it is not so safe" (cited in Smith, *supra*, note 2, p. 338), there was little authoritative doctrine against general warrants until they were finally disposed of by *Entick* v. *Carrington* (1765), 95 E.R. 807. See Smith, *supra*, note 2, p. 241.

16. This antinomy between writs of assistance and search warrants as to the requirements of judiciality and particularity is perhaps the more remarkable for Smith's very plausible conjecture that the writ was actually devised by Sir Matthew Hale. At a minimum, Smith is surely correct in asserting that the writ of assistance would not have been introduced without the knowledge and approval of the Chief Baron of the Court of Exchequer, who, in 1662, was none other than Sir Matthew Hale. See Smith, *supra*, note 2, p. 40.

17. Smith, *supra*, note 2, pp. 512-517.

18. Customs 29/1: entry *sub cap.* "Informations and Informers", 9 June 1710; cited in Smith, *supra*, note 2, p. 517, n. 9.

19. *Act for preventing Frauds and Abuses in the publick Revenues*, 1719, 6 Geo. 1, c. 21; cited in Smith, *supra*, note 2, p. 513.

20. Henry Crouch, *Complete Guide to the Officers of His Majesty's Customs in the Outports* (London, 1732), p. 280; cited in Smith, *supra*, note 2, pp. 513-514.

21. Smith, *supra*, note 2, p. 517.

22. *Per* Blackstone J., in *Bostock* v. *Saunders* (1773), 96 E.R. 539, p. 540.

23. *Supra*, note 9.

24. As this Report was being prepared, the legality of writs of assistance, in the face of section 8 of the *Constitution Act, 1982*, had not yet been authoritatively tested. Section 8 provides that "[e]veryone has the right to be secure against unreasonable search or seizure".

25. *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1; *Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27; *Customs Act*, R.S.C. 1970, c. C-40; *Excise Act*, R.S.C. 1970, c. E-12.

26. This proposition was first established in Canadian jurisprudence in *Willinsky* v. *Anderson* (1909), 19 O.L.R. 437, an action for malicious prosecution, arising out of an allegedly malicious and wrongful issuance and execution of a search warrant. The Ontario High Court of Justice having determined that the issuance of search warrants entailed an exercise of judicial jurisdiction, then proceeded to declare itself competent to entertain an application on *certiorari* and quashed the warrant.

    Several English precedents were cited in the *Willinsky* case as authority for the judicial nature of search warrant issuance procedures: *Elsee* v. *Smith* (1822), 1 D.& R. 97; *Grainger* v. *Hill* (1838), 4 Bing N.C. 212; 132 E.R. 769; *Hope* v. *Evered* (1886), 17 Q.B.D. 338. Perhaps the most definitive statement of the proposition appears in *Webb* v. *Ross* (1859), 4 H. & N. 111; 157 E.R. 778, *per* Martin B. at 780: "A search warrant is partly a ministerial and partly a judicial act."

27. 1 Ann., 1701, stat. 1, c. 8, in [1699-1713] *Statutes at Large* 91.

28. Smith, *supra*, note 2, p. 35.

29. Customs and excise writs were features of Canada's pre-Confederation status as an imperial possession and have simply been carried over into all subsequent customs and excise legislation. The narcotic writ was added in 1929, and the food and drugs writ as recently as 1961.

    In connection with the addition of writs to the enforcement provisions of narcotics legislation, it is interesting to note that the 1929 amendment to the *Opium and Narcotic Drug Act* evoked no parliamentary debate with respect to the search and seizure powers conferred upon holders of the writ. Members were instead preoccupied with the Act's general application to physicians and pharmacists, and with the extension of whipping as a penalty for

various of the offences within the Act. (House of Commons *Debates*, February 12 & 15, 1929, 61, 151) Prior to 1929, the Act provided for whipping only in cases involving the sale or distribution of drugs to minors. Thereafter, conviction upon indictment for the unlawful import, export, sale, manufacture or possession of narcotics carried a possible penalty of whipping "at the discretion of the judge". (*Opium and Narcotic Drug Act*, S.C. 1929, 19 & 20 Geo V, c. 49, s. 4)

Partly because of these concerns, and partly perhaps because the bill was described by its presenter, the then Minister of Pensions and National Health, J. H. King (Kootenay), as "being of a technical character", the amendments were referred on February 15, 1929, after second reading, to a special committee for clause-by-clause consideration. On May 10, 1929, the bill was again considered, this time by the House sitting as a committee of the whole. Again, the chief concerns voiced related to the Act's application to professionals and its provisions for whipping. As Sir George Perley remarked, "[i]t seems extraordinary. Under this section might not a convicted person be sentenced to be whipped once a week during his imprisonment?" (House of Commons *Debates*, May 10, 1929, 2414) Another member, Mr. Ross (Kingston), managed to combine both concerns, worrying that practising physicians might be subjected to whipping for violations of the Act. The minister's response deserves to be recorded:

> In such a case the judge would use his discretion. If the accused was found to be a regular trafficker, committing a crime worse than murder, and the judge decided that whipping was proper punishment, I do not think anyone would object. But ordinarily professional men are not proceeded against on indictment unless they are found to be really engaged in the drug traffic. (*Ibidem*, p. 2415)

In fairness to the minister, it should be noted that in September, 1928, Parliament had ratified the *International Opium Convention*, under article 2 of which Canada undertook to review periodically and to strengthen as required the laws relating to the control of narcotics. The times were appropriate, therefore, for a review of Canadian narcotics legislation. As well, as the minister himself observed, whipping was not peculiar to the *Opium and Narcotic Drug Act*:

> [W]hipping is not a new section in this bill, or a new principle applied to this offence. Whipping already was applied at the discretion of the judge where the trafficker gave or sold drugs to a minor. We have extended that principle in order to provide a greater deterrent to those who are engaged in trafficking. From the information I have received from all parts of the Dominion since the bill was in committee, I am satisfied that those who are interested in the curtailment and suppression of this traffic are

> entirely in sympathy with the provision that whipping be left to the discretion of the judge. (*Ibidem*, p. 2414)

The addition of writ provisions to the *Food and Drugs Act*, S.C. 1960-61, c. 37, similarly went largely unchallenged. Indeed, the occasion was remarkable chiefly for some members' obvious confusion with respect to the distinction between writs of assistance and search warrants. What concern was expressed had primarily to do with the misapprehension that the writ would provide something less than "the most effective enforcement of this measure" if it could only "be given on application by the minister only to an exchequer court judge". (House of Commons *Debates*, May 30, 1961, 5626, *per* Mr. Martin (Essex East)) Notwithstanding Mr. Martin's claim to "know the purpose of the writ" and to "know what a writ of assistance is", it seems obvious that he understood the writ to entail specific applications for specific searches. When advised to the contrary by Mr. Monteith (Perth), the then Minister of National Health and Welfare, Mr. Martin expressed considerable surprise:

> Does the minister mean that the writ of assistance gives them the right, apart from any particular case covered in a particular application, to go in at any time? I do not think so.... It is not an authorization by the exchequer court to Mr. X to go in and examine the premises of anyone, anywhere, in any part of Canada, at any time. (*Ibidem*, p. 5626)

The minister's response to Mr. Martin, and to Mr. Crestohl, the only other member to question the inclusion of writ powers in the *Food and Drugs Act*, could not have been more explicit:

> This is a special authority. The writ of assistance is a special authority for which provision is made in the narcotic act [*sic*] and the *Excise Act*. In effect, this clothes the person named therein with the general powers to search dwelling houses as well as other places. The writ of assistance in this legislation will be issued only on application of the Minister of National Health and Welfare in accordance with the prevailing practice under the narcotics act [*sic*]. The writ will be issued only to members of the R.C.M.P. at the request of the commissioner of that force; and here it will be limited to the persons who are actually engaged in the specific duties connected with the suppression of the traffic in controlled drugs. There will certainly be no abuse of this authority. It is simply a writ of assistance to permit search by peace officers, that is members of the R.C.M.P. squad connected with this particular work.... This is a standing order or permit to search. It is entirely different from section 36(2). It is a general authority to search, for these particular people who are attached to this particular type of work. (*Ibidem*)

30. *Narcotic Control Act*, *supra*, note 25. See Appendix for sample copies of writs of assistance.

31. As reproduced by Smith, *supra*, note 2, Appendix C, pp. 524-27, the provisions for assistance were as follows:

> ... To all & every the Officers and Ministers who now are or hereafter shall have any Office Power or Authority from or under the Jurisdiction of the Lord High Admiral of our Admiralty of England To all & every our Vice Admirals Justices of the Peace Mayors Sheriffs Constables Bailiffs Headboroughs And all other Our Officers Ministers & Subjects within every City Borough Town and County of England the Dominion of Wales & Town of Berwick upon Tweed And to every one of you... *We strictly Injoin and Command* You and every one of You... from Time to Time be Aiding Assisting & Helping in the Execution of the Premes. as is Meet And this You or any of You in no wise Omit at Your perils. (Emphasis in the original)

32. *Customs Act*, *supra*, note 25, s. 140. It should be understood that this omission is not so much an oversight as it is an instance of the "power to call in aid" being one that is available to customs and excise officers generally, as well as to those holding a writ of assistance.

33. *Excise Act*, *supra*, note 25, s. 77. The *Excise Act* provides what is perhaps the most extravagant example of this "power to call in aid":

> All justices of the peace, mayors, bailiffs, constables and all persons serving under Her Majesty by commission, warrant or otherwise, and all other persons whomsoever shall aid and assist, and they are hereby respectively required to aid and assist, every officer in the due execution of any act or thing authorized, required or enjoined by this or any other Act.

One of the many quaint features of the *Excise Act* is its combination of both restrictive *and* enabling provisions for assistance. Thus, an excise officer must be accompanied by a peace officer when conducting searches at night; but he is nevertheless empowered to compel aid and assistance from the generality of persons mentioned above.

34. Cited by Smith, *supra*, note 2, p. 32. Smith ascribes the doctrinal source of the customs writ of assistance to what Coke termed "a secret in law, that upon any statute made for the common peace, or good of the realm, a writ may be devised for the better execution of the same, *according to the force and effect of the act*". (*Ibidem* — Emphasis added)

35. Jackett P., in *Re Writs of Assistance*, [1965] 2 Ex. C.R. 645, recognized the nature of this problem, but not its dimensions. In directing revisions to the text of the writs he was being asked to grant, Jackett P. observed:

> ... care must be taken to insure that the writs do not say anything other than that which Parliament has directed and does [*sic*] not contain anything that is calculated to mislead the reader into thinking that the writ is anything other than that which the terms of the legislation require. (*Ibidem*, p. 652)

However, in his concern that writs not contain *more* than was justified by the terms of the statute, Jackett P. overlooked the corresponding concern that they should not contain *less* than the powers conferred by statute.

36. *Narcotic Control Act*, *supra*, note 25, ss. 10(3) and (4); *Food and Drugs Act*, *supra*, note 25, ss. 37(3) and (4).

37. On this point, see Smith, *supra*, note 2, p. 28:

> Reviewing, long afterward, enactments such as section 5(2) of the Act of Frauds of 1662, Mr. Justice Blackstone [in *Hill* v. *Barnes* (1777), 2 W.B1. 1135, 1137] remarked: "The spirit of all revenue laws is, that the accompanying officer must be an officer of the place, that the subject may not be unreasonably terrified at his house being entered ... by mere strangers." The stipulation in statutory provisions for entry and search that there must be "assistance" (as the function of just being present was sometimes called) by a local public officer can be seen as a sensible and practical device for minimizing the alarm and disturbance that violation of a man's home might so easily cause.

38. The responsibility for making application for writs under all four federal statutes that provide for their issuance resides, since March 22, 1978, exclusively with the Attorney General of Canada. By virtue of an Order in Council (P.C. 1978-732, dated March 9, 1978 and registered March 22, 1978) made pursuant to the *Public Service Rearrangement and Transfer of Duties Act*, R.S.C. 1970, c. P-34 (which provides in section 2 that the Governor in Council may "transfer any powers, duties or functions ... from one minister of the Crown to any other minister of the Crown"), responsibility for writ applications pursuant to the *Narcotic Control Act*, *supra*, note 25 and the *Food and Drugs Act*, *supra*, note 25 was transferred from the Minister of National Health and Welfare to the Attorney General of Canada. Section 145 of the *Customs Act*, *supra*, note 25, and section 78 of the *Excise Act*, *supra*, note 25, similarly provide that applications for writs are to be made by the Attorney General of

Canada. Briefly, the Order in Council of March 22, 1978 did nothing more than consolidate within the office of the Attorney General of Canada exclusive responsibility for making application for writs of assistance.

39. See e.g., Federal Court File Numbers T-1874-76 and T-1875-76, relating to applications for writs to be issued pursuant to the *Narcotic Control Act*, *supra*, note 25, and the *Food and Drugs Act*, *supra*, note 25.

40. In *Re Writs of Assistance*, *supra*, note 35. It should be understood that the issue being addressed here has to do with the judicial role in the issuance of writs of assistance. Graham Parker, in "The Extraordinary Power to Search and Seize and the Writ of Assistance" (1963), 1 *University of British Columbia Law Rev.* 688, has traced the history of what is properly a parallel issue, namely, the judicial attitude to the legality of searches and seizures conducted under the authority of a writ of assistance.

41. *Re Writs of Assistance*, *supra*, note 35, p. 651.

42. *Ibidem*, p. 648.

43. *Ibidem*, pp. 651-2.

44. Quite inexplicably, a contrary opinion had been reached by the Nova Scotia Supreme Court, *en banc*, in *Re Writs of Assistance*, [1930] 2 D.L.R. 499. In that instance, the provincial attorney general was refused a writ of assistance under the Nova Scotia *Temperance Act*, which legislation was for all material purposes analogous to that being considered by Jackett P. The majority opinion, concurring with Mellish J., concluded not only that a judicial discretion must necessarily be entailed in such applications, but that it was beyond the competence of the legislature to authorize searches for evidence of unsuspected offences in unsuspected places.

    In the course of delivering one of two dissenting judgments, Harris C.J. concluded that the court was entirely without discretion in issuing writs of assistance. The sole duty of the court was to "see that the writ granted does not go beyond the provisions of the Act ... [and] to see that the preliminary proceedings are in due form and all necessary consents have been given". (*Per* Harris C.J., p. 501) Harris C.J. arrived at this result only with considerable reluctance, expressing the view that, since the court had no discretion whatever, he would very much have preferred the attorney general to issue these instruments on his own authority.

45. *Re Writs of Assistance* (1977), 34 C.C.C. (2d) 62, p. 63. Although not reported until 1977, the judgment was in fact delivered on October 6, 1975.

46. *Ibidem*, p. 65. Collier J. added a footnote to his judgment:

> I am not suggesting writs of this kind should never be asked for or granted. There may be moral, political or social grounds. The material in support of this application, for example, is completely devoid of any facts which might indicate there is some political, moral, social, economic, or administrative ground for granting this particular individual the powers sought.

Although not reproduced in the published case report, the footnote appears in the reasons for judgment found in Federal Court File No. T-3369-75.

47. Subsequently, on February 10, 1977, Collier J. took the occasion of an *ex parte* application by the Attorney General of Canada for fourteen excise and fifteen customs writs to repeat his objections to these procedures. He concluded his reasons for judgment by indicating that he was granting the applications "reluctantly and despairingly": Federal Court File Nos. T-464-77 and T-465-77.

Five days after these applications were granted, Mr. Justice Collier's reasons for judgment were raised in the House of Commons by Mr. Ray Hnatyshyn (Saskatoon-Biggar). On February 15, 1977, Mr. Hnatyshyn inquired of the Honourable Monique Bégin, the then Minister of National Revenue, whether the government, "having regard to the Bill of Rights and the human rights legislation now before the House", was planning to "change this procedure with respect to applications under these two particular acts ...". (House of Commons *Debates*, February 15, 1977, 3045) The "procedure" to which Mr. Hnatyshyn referred was the *application* procedure, although his comments were directed as well to the scope of writs of assistance, which he referred to as "orders to unknown officers, granting them unlimited powers with no date of expiry". (*Ibidem*, p. 3045)

The procedural change Mr. Hnatyshyn seems to have had in mind was one in which the responsible ministers "would review individually the applications to be made to the court with respect to this kind of application". (*Ibidem*, p. 3053) His proposal for procedural change was elaborated somewhat further when the question of writs of assistance was raised the following day. (House of Commons *Debates*, February 16, 1977, 3094-5) At that time Mr. Hnatyshyn asked for an undertaking from the Honourable Ron Basford, the Acting Solicitor General and Minister of Justice, "to have amendments to present legislation introduced, in order, at the very

least, to allow courts discretion in the granting of writs of assistance". (*Ibidem*, p. 3095) For that purpose, Mr. Hnatyshyn asked also that the minister "undertake that, henceforth, all applications for writs of assistance being made by those coming under his departments, or by the minister, in his capacity as Attorney General of Canada, will be supported by the fullest possible disclosure of facts as to why the issuance of the writs is required, those facts to include details of the premises, persons and areas affected, and the minimum period of time for which the writs are required"(*ibidem*). In declining to give those undertakings, Mr. Basford indicated, somewhat prematurely, that these investigative powers and others were being reviewed by the Law Reform Commission. At the same time, Mr. Basford acceded to a request from Mr. James A. McGrath (St. John's East) that he review the possibility of there being a conflict of interest in the office of the Attorney General of Canada, the same officer being responsible for applying for writs of assistance and for protecting the rights to privacy set out in the *Canadian Bill of Rights*. (*Ibidem*, p.3095)

Later in the afternoon of February 16, 1977, Mr. Walter Baker (Grenville-Carleton) referred to the judgment of Mr. Justice Collier and asked for an undertaking from the Honourable Francis Fox, the then Solicitor General, to "adopt the practice of personally reviewing and approving any further applications by the RCMP for writs of assistance under these statutes until an investigation is completed". (*Ibidem*, p. 3101) Mr. Fox took the occasion to emphasize that responsibility for writs of assistance lay not with the Solicitor General, but with the Attorney General in the case of customs and excise, and with the Minister of National Health and Welfare in the case of narcotics and food and drugs. Mr. Fox then expressed the hope that Mr. Baker "does not question the very principle of a writ of assistance but rather that he considers the process of application for these writs". (*Ibidem*, p. 3102)

Mr. Baker did indeed question the principle of the writ:

> I appreciate the difficulties with respect to law enforcement which have been raised by the Solicitor General, but I hope he will not balance those against the rights of individuals and the clear principle which has long been embodied in our law that the rights of individuals should be safeguarded. Surely, with the number of judges there are in this country and with the number of opportunities for applications to be made, the Solicitor General would not consider it unreasonable if I asked him whether he would make a general review of statutes with respect to the application of these wide, sweeping powers so that any police force, even the Royal Canadian Mounted Police, does not have the power to act arbitrarily in this situation. (*Ibidem*)

The subject of writs of assistance, and specifically the absence of issuance procedures which entailed some measure of judicial discretion, came up again on February 17, 1977 (House of Commons *Debates*, 3170) and February 21, 1977 (House of Commons *Debates*, 3228). Then on February 25, 1977, the Honourable Ron Basford (Minister of Justice) announced in the House that "[n]o further writs of assistance will be asked for, either by myself, or by my colleague the Minister of National Health and Welfare — under the *Narcotic Control Act* — until the matter is at least reviewed. If writs of assistance are to be continued, the court should be provided with full information. In the meantime, we are continuing our examination as to whether they are needed at all". (House of Commons *Debates*, February 25, 1977, 3424-5)

The minister not having stipulated a date by which the review of writs of assistance was to be completed, Mr. Hnatyshyn reiterated on March 8, 1977 his recommendation for "changes in the legislation which would have the effect of allowing some discretion by the judiciary in the issuance of writs of assistance in the future". (House of Commons *Debates*, March 8, 1977, 3793) "When we put the judiciary in the position of being glorified notaries public, I wonder why we waste the time of the courts by asking them to give approval to that kind of application. It might be simpler in all the circumstances to have the minister himself grant these writs". (*Ibidem*, p. 3794)

Mr. Hnatyshyn pressed the Minister of Justice again on March 16, 1977 (House of Commons *Debates*, 4035) and on July 4, 1977 (House of Commons *Debates*, 7286) for a firm commitment with respect to the amendment of writ-related legislation. The minister declined on each occasion to give such a commitment, indicating that he proposed instead to await the results of the review then being undertaken by his department.

Some nine months later, on April 6, 1978, Mr. Basford announced that a "review and evaluation has now been completed by the Department of Justice in consultation with other responsible government departments and agencies". (*News Release*, from the Minister of Justice and Attorney General of Canada, Ottawa, April 6, 1978) As a consequence of that review, the government intended to abolish customs and excise writs. Writs were to be retained for the *Narcotic Control Act* and the *Food and Drugs Act*, but in a substantially modified form: (1) responsibility for making application for writs of assistance under the *Narcotic Control Act* and the *Food and Drugs Act* was to be transferred from the Minister of National Health and Welfare to the Attorney General of Canada (this responsibility had in fact already been transferred, by Order in Council, P.C. 1978-732, dated March 9, 1978 and registered March 22, 1978); (2) the Federal Court was to be given a measure of discretion with respect to the

writ's issuance (it had to be shown to be in the "best interest of justice") and with respect to the competence of individual nominees to hold the writ (R.C.M.P. members of two years' standing and at least six months experience in drug enforcement); (3) all writs were to be valid for a specific, but unspecified, period of time; (4) a procedure was to be introduced requiring the officer using the writ to make a return, justifying his conduct, to the issuing court; and (5) a mechanism was to be established for the continuing reporting and evaluation of the effectiveness of, and necessity for, writs of assistance.

Notwithstanding the minister's announcement, however, none of these procedural changes has been implemented to date. Nor, correspondingly, has the minister's moratorium on the further issuance of writs of assistance been lifted, with the result that no new writs of assistance have been issued since the moratorium was announced on February 25, 1977. In fact, the twenty-nine writs issued on February 10, 1977 by Mr. Justice Collier were the last but one to be granted to date. An additional customs writ was issued on February 18, 1977: Federal Court File No. T-561-77.

48. Order in Council, P.C. 1978-73, pursuant to the *Public Service Rearrangement and Transfer of Duties Act*, *supra*, note 38.

49. As one customs officer put it, "[a] police officer has a uniform and a badge. Our writs act like a uniform." Gerald Latreille, quoted in the *Globe and Mail*, March 14, 1978, p. 9, col. 3.

50. The *Customs Act* and the *Excise Act*, *supra*, note 25, are virtually identical in this respect, except that the latter provides a rather more extensive list of what precisely may be broken open in furtherance of the search. According to section 139 of the *Customs Act*, the bearer of a writ of assistance "... in case of necessity, may break open any doors and any chests or other packages for that purpose". Subsection 76(1) of the *Excise Act* provides that the writ-holder "... in case of necessity, may break open any entrance or other doors, walls, floors, windows or gates and any chests or other packages for that purpose".

51. *Narcotic Control Act*, *supra*, note 25, s. 10(4) and *Food and Drugs Act*, *supra*, note 25, s. 37(4). It should be noted that these statutes provide the same authority to use force whether the officer is searching with a writ of assistance or a search warrant, in the case of dwellings, or searching without a warrant in the case of places other than dwellings. Authority to use force, in other words, is not confined to those acting with a writ of assistance, but is rather a discretionary power attached to drug searches generally. Strictly speaking, then, this is not properly an instance of the writ-holder's powers having

been enlarged, but rather of legislation which confers extensive *general* powers of search and seizure, powers in which writ-holders participate, in common with those searching with or without a warrant.

As was indicated earlier (*supra*, page 13), it is difficult to describe the unique features of the writ of assistance independently of the general search powers provided for the enforcement of these statutes. Objections to the search powers that these statutes confer tend to focus upon the writ of assistance when they ought properly be registered against the legislation itself. With respect to the writ-holder's authority to use force, however, the pattern is clear: in 1662, the customs officer could employ force only "in case of resistance"; in 1983, both customs and excise officers are entitled to use force "in case of necessity"; and drug enforcement officers are entitled to resort to force independently of either of these limiting circumstances.

52. *Wah Kie* v. *Cuddy* (*No. 2*) (1914), 23 C.C.C. 383 (Alta. S.C.). *Per* Beck J., p. 387, citing *Launock* v. *Brown* (1819), 106 ER 482:

> The court *en banc* of four Judges, affirming the decision of the trial Judge, held that a search warrant under the statute was unlawfully executed inasmuch as no demand of admittance had been made before breaking open the outer door of the dwelling house of the plaintiff's house.
>
> I think this rule is applicable to all search warrants or orders for search unless it is clear from the statute authorizing the search warrant that a demand to open is not necessary. The second preliminary, therefore, I think to the execution of a search warrant, is, generally speaking, *when the place is [sic.] to be searched is a dwelling house*, is a demand to open. (Emphasis in the original)

53. See Smith, *supra*, note 2, p. 26.

54. *Customs Act*, *supra*, note 25, s. 139; *Excise Act*, *supra*, note 25, s. 76(1).

55. *Narcotic Control Act*, *supra*, note 25, s. 10(1); *Food and Drugs Act*, *supra*, note 25, s. 37(1). As was noted with respect to the use of force, the drug statutes impose no constraints upon when a search may be conducted. The absence of limitations as to time or force is, however, a feature of drug searches generally, rather than one peculiar to searches conducted pursuant to a writ of assistance.

56. See the writ of assistance of George III, 1761, reproduced in Smith, *supra*, note 2, Appendix C, p. 526.

57. *Excise Act*, *supra*, note 25, s. 79: "A writ of assistance addressed to a collector or any superior officer shall have full force and effect in the hands of any officer to whom he delegates his authority for its execution."

58. *Narcotic Control Act*, *supra*, note 25, s. 10(3); *Food and Drugs Act*, *supra*, note 25, s. 37(3).

59. Section 145 of the *Customs Act*, *supra*, note 25, and section 78 of the *Excise Act*, *supra*, note 25, are identical in this respect, both providing that such writs as are issued "shall remain in force for as long as the (any) person named therein remains an officer, whether in the same capacity or not".

60. *Customs Act*, *supra*, note 25, s. 139: "Under the authority of a writ of assistance, any officer ... may enter ... and search ...".

61. The delegation procedures described with respect to the excise writ in *R. ex rel. Kelly* v. *Hobinsky*, [1929] 1 W.W.R. 313 were pronounced by Simpson C.C.J., as so haphazard as "to declare a writ of assistance to be a mere piece of general office equipment" (p. 319).

62. *Narcotic Control Act*, *supra*, note 25, s. 10(1). The search and seizure powers of the *Narcotic Control Act*, and indeed of the *Food and Drugs Act*, are not unique to writ-holders. Again, this is an instance of powers being available to peace officers generally, as well as to those holding a writ of assistance.

63. *Customs Act*, *supra*, note 25, s. 139.

64. *Ibidem*.

65. *Excise Act*, *supra*, note 25, s. 76(1).

66. *Re Writs of Assistance*, *supra*, note 44, p. 507. Mellish J. was here referring to the writ of assistance created by the Nova Scotia *Temperance Act*, an item which had clearly been modelled after its customs and excise counterparts.

67. *Customs Act*, *supra*, note 25, s. 145; *Excise Act*, *supra*, note 25, s. 78. The legislation providing for the drug writs is curiously silent on the matter of the writs' duration. In practice, it is generally assumed that these writs are similarly valid for the career of the officer.

68. *Supra*, note 25.

69. *Supra*, note 47.

70. *Supra*, note 24.

71. *Excise Act*, *supra*, note 25.

72. *Customs Act*, *supra*, note 25.

73. *Narcotic Control Act*, *supra*, note 25 and *Food and Drugs Act*, *supra*, note 25.

74. For present purposes, the Commission's preference for search with warrant as the rule and search without warrant as the exception is referable only to what we term investigative powers of search and seizure, i.e., searches undertaken within a sequence of offence and investigation, prompted by a reasonable belief that an offence against the *Criminal Code* or other federal statute has been committed and that takings, evidence or contraband relevant to that offence will be disclosed by a search of particular premises or persons. We reserve for later consideration the question of the rule's application to searches undertaken within a continuum of inspection, monitoring, supervision and regulation designed to ensure compliance with a particular statutory or regulatory regime.

75. *Payton* v. *New York*, [1980] 100 S. Ct. 1371.

76. *Per* Jackson J. in *Johnson* v. *U.S.*, 333 U.S., 10, pp. 13-14; cited by Stevens J. in *Payton* v. *New York*, *supra*, note 75, p. 1380, n. 24.

77. *Leigh* v. *Cole* (1853), 6 Cox C.C. 329. The power to search an arrested person has been recognized quite generally, even though no express power to conduct such searches is conferred by statute. See e.g., *R.* v. *Brezack* (1950), 2 D.L.R. 265, and *Re Laporte and R.* (1972), 29 D.L.R. (3d) 651.

78. "We think that a police officer presently has the right to enter premises, including a dwelling house, by force if necessary, *without a warrant*, to prevent the commission of an offence which would cause immediate and serious injury to any person, if he believes on reasonable and probable grounds that any such offence is about to be committed." *Report of the Canadian Committee on Corrections* (Ottawa: Information Canada, 1969), p. 59. (Emphasis in the original)

79. *Thomas* v. *Sawkins* (1935), 2 K.B. 249.

80. *Eccles* v. *Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739.

81. *Supra*, note 25.

82. *Migratory Birds Convention Act*, R.S.C. 1970, c. M-12, s. 11.

83. *Aeronautics Act*, R.S.C. 1970, c. A-3, s. 6(1)(*l*).

84. *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 35.

85. *Animal Contagious Diseases Act*, R.S.C. 1970, c. A-13, s. 18.

86. Australian Law Reform Commission, *Criminal Investigation, Interim Report No. 2* (Canberra: Australian Government Publishing Service, 1975), pp. 89-91. In making its recommendations, the A.L.R.C. was considering the Australian equivalents of the customs and excise writs, and as well, a variety of state provisions for general warrants, some of them restricted to searches for stolen property, and others that were unrestricted as to place, time or offence.

    Although the Australian Law Reform Commission was inclined to treat the writ of assistance as a statutory warrant rather than as a licence to search *without* warrant, their objection to such powers was nevertheless clear and vigorous:

    > It is nonetheless perfectly obvious that the powers conferred are all of them quite extraordinarily wide in their scope. There is no requirement in any of them that before the powers are exercised an independent judicial mind should consider the circumstances of the *particular case*, weighing the public interest as against that of the individual concerned. Nor is there any effective way in which any of the powers once exercised can be the subject of *ex post facto* judicial review....
    >
    > The power to search and seize is undoubtedly a very necessary one for police to have. It has great destructive potential so far as the right to privacy and civil liberties generally are concerned. The power must therefore be capable of justification on every single occasion on which it is used. On this view, the continued existence of general search warrants cannot be countenanced. In the Commission's view such provisions should long ago have disappeared from the Commonwealth and Territorial statute books. We recommend that their demise be delayed no longer. (*Ibidem*, pp. 89-91)

87. *News Release*, from the Minister of Justice and Attorney General of Canada, Ottawa, April 6, 1978. See also, *supra*, note 47, for an account of the events which culminated in this announcement.

    The Minister's press release is also instructive for its conception of what made the revenue writs unnecessary and the drug writs necessary:

> The collective public interest in the effective enforcement of the laws of Canada must be carefully balanced against the essential freedom of the individual from unreasonable search and seizure. On balance, the government has concluded that while the effective enforcement of the Customs and Excise laws does not require such extra-ordinary search powers, the enforcement of the Narcotic Control and Food and Drug [*sic*] Acts does require the existance [*sic*] and utilization by the R.C.M. Police of writs of assistance.... One of the primary difficulties in effectively policing illicit possession and trafficking in drugs is the pervasive influence of organized crime. That influence, plus the covert nature and ease of transportation and disposal of illicit drugs, requires extra-ordinary measures to efficiently and effectively enforce the Narcotics [*sic*] Control and Food and Drug [*sic*] Acts. This, when coupled with the difficulty of obtaining search warrants on very short notice, justifies, in the government's view, retention of special search powers. (*Ibidem*, pp. 2-3)

With the introduction of Bill C-162 on June 7, 1983, the federal government confirmed that it would not retain the writ of assistance for customs enforcement. Conspicuously absent from the proposed *Customs Act* is any reference to powers of entry, search or seizure being exercised pursuant to a writ of assistance.

88. See, *supra*, note 47, for a description of the modifications which were to be worked upon the drug writs.

89. *Supra*, note 87, p. 3.

90. See, for example, the Solicitor General's brief on "Writs of Assistance/Drug Law Enforcement", prepared for distribution to the Justice and Legal Affairs Committee on November 26, 1981. Section F of that brief deals with writs of assistance and contains a subsection (c), attributed to the R.C.M.P., and entitled "Illustrative Cases Showing the Need for Writs of Assistance". At page 2, the subsection sums up, in these terms, the illustrative cases which follow:

> There are numerous other similar cases on file, however, in a final analysis the necessity for the use of a Writ of Assistance is always the unavailability of a conventional Warrant due to the exigent circumstances of the investigation.

In examining the claims for the writ's necessity, the Commission looked of course to the R.C.M.P. Operational Manual: see "Bulletin No. OM-175", issued December 1, 1982 for inclusion in Ch. 11.6.D. and F. of the Operational Manual. The two principal conditions precedent to the use of writs of assistance are (a) that there be "insufficient time to obtain a Warrant to Search", and (b) that the

writ-holder ensure that he "can satisfy a justice as [he] would in an Information to Obtain a Search Warrant that there are reasonable grounds to believe that the items sought are on the premises" (p. 3).

The Commission is not presently obliged to take a position as to how scrupulously R.C.M.P. personnel respect these criteria. In any event, the conclusion that the writ of assistance is unnecessary does not need to be founded on evidence that it is being abused or that it is being used inconsistently with the administrative guidelines enunciated in the R.C.M.P. Operational Manual.

91. The case histories following have been taken from the Solicitor General's brief on "Writs of Assistance/Drug Law Enforcement", *supra*, note 90, section F(c), pp. 4-9.

92. As the R.C.M.P. correctly acknowledged in Case history 4, warrants can be issued under the *Narcotic Control Act* only in relation to narcotics reasonably believed to be on the premises at the time the warrant is issued. In the terms of subsection 10(2) of the *Narcotic Control Act*, "[a] justice who is satisfied by information upon oath that there are reasonable grounds for believing that there is a narcotic ... in any dwelling house may issue a warrant...." Strictly speaking, then, the warrant referred to in Case history 3 should not have been issued.

93. *Eccles* v. *Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739. Paragraph 450(1)(*a*) of the *Criminal Code* permits a peace officer to arrest without warrant anyone who, on reasonable and probable grounds, he believes has committed or is about to commit an indictable offence. *Eccles* v. *Bourque* established that this statutory power of arrest without warrant was available without regard to spatial limitations. Thus, a peace officer may arrest without warrant *anyone* reasonably and probably believed to have committed or to be about to commit an indictable offence; and he may exercise that power of arrest without warrant *anywhere*, whether in a public place or in a dwelling or other private premises. In effect, the police have a power of forcible entry commensurate with their powers of arrest; moreover, this power is not reserved to exigent circumstances. *Per* Dickson J. in *Eccles* v. *Bourque*, *ibidem*, p. 743:

> [T]here are occasions when the interest of a private individual in the security of his house must yield to the public interest, when the public at large has an interest in the process to be executed. The criminal is not immune from arrest in his own home nor in the home of one of his friends.... Thus it will be seen that the broad basic principle of sanctity of the home is subject to the exception that upon proper demand the officials of the King may break down doors to arrest.

For a different view, however, see the majority judgment of Houlden J.A. in *R.* v. *Landry* (1982), 63 C.C.C. (2d) 289 (Ont. C.A.).

The common law has imposed some restrictions upon the right implied in the power of arrest without warrant to enter private premises. However, these restrictions attach not to the arrest power *per se*, but rather to the power of entry that is implied when the arrest is to be effected on private premises. Indeed, the same restrictions attach whether the entry upon private premises is to be accomplished with or without warrant, and whether the purpose of the entry is to effect an arrest or to conduct a search. *Per* Dickson J. in *Eccles* v. *Bourque*, *ibidem*, p. 746, "the law requires, prior to entrance for search or arrest, that a police officer identify himself and request admittance".

The common law's requirements of notice as a condition of lawful entry are, however, defeasible requirements, in the sense that they may be dispensed with in certain exigent circumstances, including the following: (a) to prevent danger to life or safety; (b) to prevent the destruction of contraband or evidence; and (c) to arrest a person found committing a criminal offence who is being freshly pursued and who takes refuge in such premises. In the result, whenever these or other recognized exigencies obtain, the police may dispense with the notice and make forcible entry.

The significance of this brief exegesis for present purposes is simply this. As the law presently stands, the statutory power of arrest without warrant, together with its ancillary powers of entry and search incidental to arrest, provides as much authority as could conceivably be needed to accommodate the exigencies of drug enforcement. More explicitly, but for one of the search incidents described in the R.C.M.P. case histories, no search warrant was necessary; nor, correspondingly, was the writ of assistance necessary either.

94. Pursuant to subsection 450(1) of the *Criminal Code*, which reads:

> **450**(1) A peace officer may arrest without warrant
>
> (*a*) a person who has committed an indictable offence or who, on reasonable and probable grounds, he believes has committed or is about to commit an indictable offence, [or]
>
> (*b*) a person whom he finds committing a criminal offence,...

Which of paragraphs (*a*) or (*b*) would obtain would depend upon the particular circumstances, but, in combination, these provisions confer a power to arrest for all indictable offences — past, present and imminent. Clearly, the police had reasonable grounds to believe that the parties within the rooming house had committed, were committing, or were about to commit the indictable offence of

trafficking in a narcotic or drug, contrary either to section 4 of the *Narcotic Control Act*, *supra*, note 25, or section 34 of the *Food and Drugs Act*, *supra*, note 25.

95. The power to search incidental to arrest is a common-law power of some longstanding. The standard for the power's exercise has fluctuated somewhat, but, at a minimum, it is available where the arresting officer reasonably believes it to be "prudent and right", in the words of Williams J. in *Leigh* v. *Cole* (1853), 6 Cox C.C. 329, p. 332. The permissible purposes of a search incidental to arrest are essentially two: (a) to discover concealed weapons or articles which the suspect might use to injure himself or others, or which might be used to assist him to escape; and (b) to secure or preserve evidence with respect to the offence for which the person has been arrested. See *Gottschalk* v. *Hutton* (1921), 36 C.C.C. 298 (Alta. S.C. A.D.), pp. 301-302; and *Reynen* v. *Antonenko* (1975), 20 C.C.C. (2d) 342 (Alta. S.C. T.D.).

For present purposes, the important point is perhaps that, although the power to search does not follow automatically from the power to arrest, the search power is nevertheless available whenever a search would be reasonably prudent — a rather more relaxed standard of belief than that which governs the arrest power itself, i.e., reasonable and probable grounds.

96. The exact scope of the power of search incidental to arrest is somewhat sketchily-defined in Canada. However, it is generally conceded to extend to areas within the control of the person arrested. According to the *Report of the Canadian Committee on Corrections*, *supra*, note 78, p. 62:

> Where a person has been arrested, either with or without a warrant, the right of search extends not only to the person of the accused, but to premises under his control. In modern times the right to search premises, no doubt, also extends to a vehicle or other means of conveyance under the control of the accused.

97. *Per* Dickson J. in *Eccles* v. *Bourque*, *supra*, note 93, p. 747:

> In the ordinary case police officers, before forcing entry, should give (i) notice of presence by knocking or ringing the doorbell, (ii) notice of authority, by identifying themselves as law enforcement officers and (iii) notice of purpose, by stating a lawful reason for entry. Minimally they should request admission and have admission denied although it is recognized there will be occasions on which, for example, to save someone within the premises from death or injury or to prevent destruction of evidence or if in hot pursuit notice may not be required.

98. The terms "surreptitious entry" and "intelligence probe" are close equivalents, though it should be understood that the former term is often used to describe a quite distinct class of entries, i.e., those entailed in the installation, maintenance and removal of electronic surveillance devices. The legality of this class of entries will be addressed in the Commission's forthcoming Working Paper on Electronic Surveillance.

The surreptitious entries or intelligence probes with which we are here concerned typically relate to drug enforcement. In a brief to the McDonald Inquiry, the R.C.M.P. submitted that surreptitious entries were essential investigative techniques for offences involving drug manufacturing and trafficking: Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police, *Freedom and Security under the Law*, Second Report, vol. 1, (Ottawa: Supply and Services, 1981), pp. 143-44.

For present purposes, it is important to emphasize that this class of entries has two principal characteristics: (a) they are necessarily covert, and (b) they are conditioned upon suspicion rather than reasonable belief. It was this latter characteristic which led the McDonald Inquiry to conclude that "any broad power to search private premises ... upon mere suspicion that there might be evidence there of the commission of an offence or the intended commission of an offence, would be contrary to the established traditions of criminal law enforcement procedure in Canada." (*Ibidem*, p. 144)

99. In Part Two of this Report, the Commission recommends that procedures be made available to permit search warrants to be obtained by telephone or other means of telecommunication in circumstances where a personal appearance before a justice would be impracticable. If implemented, this recommendation would substantially reduce the amount of time required to obtain a search warrant.

100. Note that the Commission is asserting here only that there is no statutory or common-law authority which would permit an entry, surreptitious or otherwise, for what might loosely be described as intelligence purposes. This is not, for the moment, to say that such entries are illegal. In this, we concur with the McDonald Inquiry, *supra*, note 98, p. 123: "[W]e have no hesitation in saying that surreptitious entry ... is conduct 'not authorized or provided by law' and therefore not to be permitted, as a matter of policy, unless the law expressly permits it in the circumstances." For a contrary view, see the memorandum prepared for the Department of Justice by the law firm of Lang, Michener, Farquharson and Wright, dated June 14, 1981; and the memorandum prepared by the Honourable Wishart Spence, released by the Department on August 27, 1981.

101. Subsection 10(1) of the *Narcotic Control Act*, *supra*, note 25, and subsection 37(1) of the *Food and Drugs Act*, *supra*, note 25, are identical in this respect. Both permit warranted or writ-assisted entries upon residential premises to search; but neither obliges the seizure of any narcotics or drugs so found. According to paragraph 10(1)(*c*) of the *Narcotic Control Act*, for example, "a peace officer may ... seize and take away any narcotic found." Correspondingly, he may not, if it were thought preferable to delay the seizure until the suspect could be more definitively linked with the drugs.

102. One of the many curious features of the *Customs Act*, *supra*, note 25, is that it makes no provision for the issuance of search warrants. Instead, the *Customs Act* provides a declaration procedure, according to which entry, search and seizure upon private premises are conditioned upon a sworn information to a justice of the peace that there is "reasonable cause to suspect that goods liable to forfeiture are in [a] particular building", etc. (subsection 134(1)). However, the justice to whom such a declaration is made would appear to have no discretion to refuse permission to search; nor, clearly, does the justice have any capacity to issue a warrant authorizing the search. In practice, the justice can sometimes be prevailed upon to issue what is styled an "Authorization to Search". Strictly speaking, however, this document is not an authorization, but a certificate attesting to the customs officer's having made a sworn declaration showing reasonable cause to suspect the presence of goods liable to forfeiture.

Also rather curious is the *Customs Act*'s failure to make provision, except by means of a writ of assistance, for a search by night. Since the declaration procedure permits searches only between sunrise and sunset, it is sometimes asserted that writs of assistance are necessary to permit searches by night. The more obvious solution to both problems, however, is to provide for the issuance of search warrants for execution by day or, where reasonable cause can be shown, by night. Hence our recommendation and, presumably, hence also section 104 of Bill C-162 of the proposed *Customs Act*, given first reading on June 7, 1983.

If the *Customs Act*'s powers of entry, search and seizure upon private premises were to be regulated within the rule of search with warrant or within the principled exceptions to that rule, it would be entirely inconsistent to retain subsection 134(3), which reads:

> Such acts [entry, search and seizure] may be done by an officer without oath or the assistance of a justice of the peace, in places where no justice of the peace resides, or where no justice of the peace can be found within five miles at the time of the search.

In urging the repeal of subsection 134(3), the Commission is also aware that, in jurisdictions where the office of the justice of the peace

has been abolished, customs officers have sometimes given this section altogether too literal an interpretation: the office of justice of the peace having been abolished, customs officers are therefore exempt from the obligation in subsection 134(1) of making a sworn declaration before a justice prior to entry and search. In any event, should it prove a problem to find a justice of the peace — or his successor in those provinces which have abolished the office — a search warrant could be obtained by telephone or other means of telecommunication, in accordance with the recommendations in Part Two of this Report.

PART TWO:

TELEWARRANTS

1. Introduction

Central to the Commission's approach to police powers of search and seizure in criminal-law enforcement has been the precept that those powers should, as a rule, be exercised by judicial warrant, issued before the event and upon particular information; and, as a corollary to that rule, exceptional powers of search without warrant should be reserved to circumstances of recognized exigency or informed consent.

Precisely which exigencies the Commission would recognize will be spelled out in our forthcoming Report to Parliament on Police Powers of Search and Seizure. For the present, it is enough to emphasize that those exigencies would not include the frequently-recited difficulties of obtaining access to a justice of the peace. Even conceding these difficulties, the solution cannot be to dispense with the requirements of judicial authorization prior to search. It must rather be to make the justice of the peace more accessible. To this end, we recommend that it be permissible to issue search warrants by telephone or other means of telecommunication in circumstances where a personal appearance before a justice would be impracticable.

Procedures for granting search warrants by telephone have already been adopted in some jurisdictions[1] and recommended for implementation in several others.[2] In every jurisdiction in which these procedures have been endorsed, it has been in recognition of the need, if the rule is to be search by warrant, to facilitate access to the requisite judicial officers. Canada's justices of the peace are by no means unique in being concentrated in urban areas, enjoying regular office hours, and carrying a host of judicial and administrative responsibilities. Similarly, the problems which Canada's federal, provincial and municipal police officers encounter in obtaining search warrants in areas both urban and rural, both within and without regular office hours, are common to a good many other jurisdictions as well. If one is to encourage respect for, and indeed insist upon, a regime of judicially-regulated powers of search and seizure, then some of the constraints upon access to the office of the justice of the peace must be removed.

We believe that access could best be facilitated by adapting the issuance of search warrants to the technology of telecommunications. In essence, this adaptation would entail nothing more than dispensing, in appropriate cases, with the usual requirement that the "information upon oath" be tendered personally and in writing.[3]

Clearly, if police officers were not obliged in all cases to appear personally before a justice, the search warrant process would be that much more accessible and that much more expeditious.[4] But at what cost to the integrity of the search warrant process? Would dispensing with the requirement that the "information upon oath" be tendered personally and in writing undermine those hallmarks of the search warrant process, judiciality and particularity? Much would depend, of course, upon the procedures devised for obtaining search warrants by telephone or other means of telecommunication. At first blush, however, there would seem no obvious impediment to ensuring that telewarrants were as judicial and as particular as conventional warrants.

Ensuring that telewarrants remain as particular as conventional warrants is a simple matter of insisting upon the usual requirements that the "information upon oath" particularly describe the offence alleged, the items liable to seizure, and the premises to be searched.[5] Similarly, such warrant as may issue must state the offence alleged with enough precision to apprise anyone concerned of its nature; it must also describe the items to be seized with enough specificity to permit their identification by those who execute the warrant; and the warrant must describe the location to be searched with sufficient accuracy to enable one, from a mere reading of it, to know what premises are authorized to be searched. In aggregate, these requirements of particularity are not so exacting that they could not as easily be tendered by telephone as by written information on oath.

Preserving the judiciality of the search warrant process would require close adherence to the spirit, if not the letter, of the *Criminal Code*'s general provisions for the issuance of search warrants.[6] Thus, if telewarrant procedures were not to undermine the judiciality of the process, it would be imperative

(a) that the "information upon oath" satisfy the prevailing substantive and probative criteria (though not the formal criteria prescribed by section 443 of the *Criminal Code*);

(b) that the "information upon oath" be reduced to writing (though not necessarily prior to the application for the warrant);

(c) that the search warrant be issued in writing "under the hand" of the authorizing justice, and that it satisfy the prevailing formal and substantive criteria; and

(d) that there be a report upon the execution of the warrant either to the issuing justice or to a justice for the territorial division in which the warrant was executed, or to both.

The argument could be made that, even if the prevailing standards of judiciality and particularity were maintained, the telewarrant would still present serious risks to the integrity of the process. For example, would not justices of the peace be vulnerable to the pressures of urgent, late-night entreaties from police officers seeking search warrants? Would dispensing with the requirement of a personal appearance not deprive the justice of the opportunity to observe the applicant's demeanour and so diminish the judicial character of the procedure? Further, would not the absence of a written information on oath dilute the prevailing standards of particularity as to the offence, the premises to be searched, and the items to be seized, especially in complex cases? Or worse perhaps, would not the absence of a written information on oath be conducive to relaxing the prevailing requirement that there be reasonable grounds to believe that an offence has been committed and that items referable to that offence are to be found on the premises to be searched? Or worse still, what of the spectre of "left-handing" search warrants, where police officers fraudulently prepare facsimiles of search warrants, with or without the intention of seeking judicial authorization after the event?[7]

Whether taken individually or collectively, these questions are not to be lightly dismissed. We would observe, however, that many of these questions express a concern about the integrity of justices and peace officers, rather than a concern about the integrity of the procedures for the issuance of search warrants by telephone or other means of telecommunication. Thus, while recognizing that these are legitimate matters of concern, we would also recognize that they are not peculiar to telewarrants *per se*, and, as such, the adaptation of search warrant issuance to telecommunications can neither be expected to resolve, nor, correspondingly, to compound these concerns.

In any event, it seems a doubtful proposition that an information on oath presented by telephone would make for greater pressures upon the justice than one presented personally. And it seems unquestionable that an information on oath, recorded verbatim and subsequently transcribed, is as much a record of the application as one tendered in Form 1, as prescribed by section 443 of the *Criminal Code*. That being so, search warrant issuance would remain an essentially documentary procedure, one in which the applicant's demeanour would continue to be of little significance.[8] To be sure, there are doubtless cases of such complexity that the absence of an information in writing would occasion difficulties, both for the peace officer in his presentation and for the justice in his evaluation. Usually, however, complex investigations proceed more painstakingly and more slowly; we should expect, therefore, that such investigations would rarely prompt an application for a search warrant by telephone or other means of telecommunication. If such an application were to be made, and if the peace officer's information were not sufficiently coherent to permit its proper evaluation, it would remain for the justice to refuse the application.

On balance, therefore, we believe that the telewarrant presents no substantial risk of a diminution in the standards of judiciality and particularity which presently attach to the issuance of search warrants.

2. Recommendations and Commentary

RECOMMENDATION

1. Part XIII of the *Criminal Code* of Canada should be amended by substituting the words "this or any Act of Parliament" for the words "this Act" in paragraphs 443(1)(*a*) and (*b*).

The question of whether search warrants may be issued pursuant to section 443 for offences other than those found in the *Criminal Code* has occasioned considerable litigation.[9] Had Bill C-21, the *Criminal Law Amendment Act, 1978*, been passed by Parliament, that question would have been resolved in the affirmative: section 58 of that bill would have replaced the words "this Act" in paragraphs

443(1)*(a)* and *(b)* with the words "this Act or any other Act of Parliament". We propose a similar amendment, though for additional reasons.

The amendment proposed for paragraphs 443(1)*(a)* and *(b)* is intended to accomplish three objectives. First, it ensures that the procedures for telewarrants would be modelled upon what we believe is the most appropriate procedural regime presently available, i.e., section 443 of the *Criminal Code*. Better the model of section 443 than, for example, the gaming, betting and bawdy-house warrants of section 181, which require no sworn information and no specification of the items to be seized. Second, it ensures that both conventional and telecommunicated search warrants would be available not only for *Criminal Code* offences, but also for the investigation of offences against the *Narcotic Control Act*, the *Food and Drugs Act*, and other items of federal legislation. Third, it forecloses the possibility that there might subsequently be a proliferation of telewarrant regimes, each with its own differing justifications and procedures.

RECOMMENDATION

2. The following provisions for the issuance of search warrants by telephone or other means of telecommunication should be enacted as section 443.1 of the *Criminal Code*:

(1) Where a peace officer believes that it would be impracticable to appear personally before a justice to make application for a search warrant in accordance with section 443, he may submit an information on oath by telephone or other means of telecommunication.

In making alternative procedures available for the issuance of search warrants, it is necessary to specify *when* and *by whom* resort to such procedures would be permissible. As we conceive it, the telewarrant procedures represent nothing more than a belated adaptation of search warrant issuance to available communications technology. We can therefore see no good reason for confining the telewarrant within a narrow class of exigent circumstances. Nor, correspondingly, are we inclined to recognize the telewarrant as a mere convenience to peace officers seeking the authorization of a judicial warrant. Instead, we would urge that, as a general rule, it be

available whenever circumstances of time or distance make it impracticable to insist upon the applicant making a personal appearance before a justice.[10]

Similarly, since we are confident that the telewarrant would entail no diminution in the prevailing standards of judiciality and particularity, we see no reason for reserving responsibility for their issuance to any higher judicial officer than the justice of the peace. We appreciate that, in some provinces, responsibility for issuing search warrants is exercised by provincial court judges. Under the scheme here being proposed, the designation of the order of judicial officer responsible for search warrant issuance would similarly accommodate the situation in each province.

Although we recommend no special constraints upon when and by whom telewarrants might be issued, the proposed subsection 443.1(1) would permit only peace officers to apply for search warrants by telephone or other means of telecommunication. By contrast, both private individuals and peace officers may apply for and execute search warrants issued pursuant to section 443 of the *Criminal Code*. In our Working Paper 30, *Police Powers: Search and Seizure in Criminal Law Enforcement*, we recommended that private individuals continue to be entitled to apply for search warrants, but that responsibility for their execution be reserved exclusively to peace officers. For telewarrants, however, we would go one step further and insist upon the applicant and executor being in all cases a peace officer. We impose this limitation principally because it is the peace officer's access to a justice of the peace which the telewarrant procedures are designed to facilitate. Additional reasons for this limitation will become apparent as this proposal is further elaborated, reasons having primarily to do with ensuring the integrity of the telewarrant issuance procedures.

> **(2) An information submitted by telephone or other means of telecommunication shall be on oath and shall be recorded verbatim by the justice, who shall as soon as practicable thereafter cause to be filed with the clerk of the court for the territorial division in which the warrant is intended for execution a transcription of that record, certified by him as to time, date and contents.**

This provision requires that a sworn information be tendered in support of an application for a search warrant by telephone or other

means of telecommunication. As well, this provision makes the justice solely responsible for maintaining a verbatim record of the application and obliges him to file a certified transcription of that record.

In the majority of cases, we would expect that the application for a telewarrant would be recorded electronically. However, a stenographic or longhand verbatim record would also be permissible. What is important is not the means by which the record is made; rather, what is important is that the record be verbatim, that it be made by the justice, and that, as soon as practicable thereafter, it be transcribed, certified by the justice and filed.

We have stipulated in subsection 443.1(2) that a certified transcription of the record of the application is to be filed with the clerk of the court for the territorial division in which the warrant is intended for execution. Alternatively, we could have stipulated that the transcription be filed with the clerk of the court for the territorial division in which the warrant was issued. However, as our proposal for telewarrants is elaborated, it will become evident that we are anxious to ensure that persons whose premises are searched have all lawful access to the information on oath, to the warrant (or its facsimile), and to the report filed by the peace officer upon execution of the warrant. To facilitate that access, we have designated the territorial division in which the warrant is executed as the appropriate location for maintaining the necessary records. As well, the territorial division of execution is both the most likely locale for whatever prosecution might be connected with the investigation and the most convenient place for the peace officer to file his report after execution of the warrant.

(3) For purposes of subsection (2), an oath may be administered by telephone or other means of telecommunication.

The proposed subsection 443.1(3) merely makes explicit provision for the administration of oaths by telephone or other means of telecommunication. The provision is, by its terms, limited to facilitating the swearing of the information submitted in support of an application for a telewarrant.

(4) An information on oath submitted by telephone or other means of telecommunication shall include

available whenever circumstances of time or distance make it impracticable to insist upon the applicant making a personal appearance before a justice.[10]

Similarly, since we are confident that the telewarrant would entail no diminution in the prevailing standards of judiciality and particularity, we see no reason for reserving responsibility for their issuance to any higher judicial officer than the justice of the peace. We appreciate that, in some provinces, responsibility for issuing search warrants is exercised by provincial court judges. Under the scheme here being proposed, the designation of the order of judicial officer responsible for search warrant issuance would similarly accommodate the situation in each province.

Although we recommend no special constraints upon when and by whom telewarrants might be issued, the proposed subsection 443.1(1) would permit only peace officers to apply for search warrants by telephone or other means of telecommunication. By contrast, both private individuals and peace officers may apply for and execute search warrants issued pursuant to section 443 of the *Criminal Code*. In our Working Paper 30, *Police Powers: Search and Seizure in Criminal Law Enforcement*, we recommended that private individuals continue to be entitled to apply for search warrants, but that responsibility for their execution be reserved exclusively to peace officers. For telewarrants, however, we would go one step further and insist upon the applicant and executor being in all cases a peace officer. We impose this limitation principally because it is the peace officer's access to a justice of the peace which the telewarrant procedures are designed to facilitate. Additional reasons for this limitation will become apparent as this proposal is further elaborated, reasons having primarily to do with ensuring the integrity of the telewarrant issuance procedures.

> **(2) An information submitted by telephone or other means of telecommunication shall be on oath and shall be recorded verbatim by the justice, who shall as soon as practicable thereafter cause to be filed with the clerk of the court for the territorial division in which the warrant is intended for execution a transcription of that record, certified by him as to time, date and contents.**

This provision requires that a sworn information be tendered in support of an application for a search warrant by telephone or other

means of telecommunication. As well, this provision makes the justice solely responsible for maintaining a verbatim record of the application and obliges him to file a certified transcription of that record.

In the majority of cases, we would expect that the application for a telewarrant would be recorded electronically. However, a stenographic or longhand verbatim record would also be permissible. What is important is not the means by which the record is made; rather, what is important is that the record be verbatim, that it be made by the justice, and that, as soon as practicable thereafter, it be transcribed, certified by the justice and filed.

We have stipulated in subsection 443.1(2) that a certified transcription of the record of the application is to be filed with the clerk of the court for the territorial division in which the warrant is intended for execution. Alternatively, we could have stipulated that the transcription be filed with the clerk of the court for the territorial division in which the warrant was issued. However, as our proposal for telewarrants is elaborated, it will become evident that we are anxious to ensure that persons whose premises are searched have all lawful access to the information on oath, to the warrant (or its facsimile), and to the report filed by the peace officer upon execution of the warrant. To facilitate that access, we have designated the territorial division in which the warrant is executed as the appropriate location for maintaining the necessary records. As well, the territorial division of execution is both the most likely locale for whatever prosecution might be connected with the investigation and the most convenient place for the peace officer to file his report after execution of the warrant.

(3) For purposes of subsection (2), an oath may be administered by telephone or other means of telecommunication.

The proposed subsection 443.1(3) merely makes explicit provision for the administration of oaths by telephone or other means of telecommunication. The provision is, by its terms, limited to facilitating the swearing of the information submitted in support of an application for a telewarrant.

(4) An information on oath submitted by telephone or other means of telecommunication shall include

(*a*) a statement of the circumstances that make it impracticable for the peace officer to appear personally before the justice;

(*b*) a statement of the offence alleged, the premises to be searched and the items asserted as being liable to seizure; and

(*c*) a statement, within the terms of paragraphs 443(1)(*a*), (*b*) or (*c*), of the peace officer's grounds for belief that items liable to seizure in respect of the offence alleged will be found in the premises to be searched.

In seeking to have a search warrant issued by telephone or other means of telecommunication, a peace officer is essentially seeking a dispensation from the usual requirements that he attend personally before the justice and submit a written information on oath. The proposed paragraph 443.1(4)(*a*) thus obliges the applicant peace officer to establish to the justice's satisfaction that a personal appearance would be impracticable in the circumstances and, accordingly, that it would be reasonable to dispense with that requirement. Since granting or refusing this dispensation entails an exercise of judicial discretion, the facts and circumstances on which that discretion is exercised ought to form a part of the record.

The proposed paragraph 443.1(4)(*b*) also builds into the telewarrant procedures a requirement not found in the present section 443 of the *Criminal Code*. Essentially, this paragraph is designed to separate the substantive elements of the information (i.e., the specification of the offence alleged, the premises to be searched and the items sought to be seized) from the probative elements (i.e., the specification of the grounds for believing that an offence has been committed, and that items liable to seizure in respect of that offence are to be found upon the premises to be searched). We believe it is particularly important that these elements be separated within the information submitted for a telewarrant because we recognize that an information on oath presented orally can entail a greater potential for confusion than one presented in writing.

The proposed paragraph 443.1(4)(*c*) is intended merely to ensure that in all other respects an information submitted in support of an application for a telewarrant conforms to the same probative and temporal criteria as are stipulated by section 443 for the issuance of conventional search warrants.

(5) A justice who is satisfied that an information on oath submitted by telephone or other means of telecommunication

(*a*) conforms to the requirements of subsection 443.1(4),

(*b*) discloses reasonable grounds for dispensing with an information presented personally and in writing, and

(*c*) discloses reasonable grounds for the issuance of a search warrant,

may issue a warrant to a peace officer conferring the same authority to search and seize as may be conferred by a warrant issued pursuant to subsection 443(1).

Before considering whether the grounds for issuing a telecommunicated search warrant have been sufficiently made out, the justice is obliged by subsection 443.1 (5) to satisfy himself on two preliminary matters. First, does the information submitted include the statements required by subsection 443.1 (4) as to the circumstances which make a personal appearance impracticable, the offence alleged, the premises to be searched and the items to be seized, and the peace officer's grounds for belief that items liable to seizure in respect of the offence alleged will be found in the premises to be searched? Second, does the information disclose reasonable grounds for dispensing with the usual requirements of an application presented personally and in writing?

If the justice is satisfied on these preliminary matters, he would then proceed to consider whether the information submitted disclosed reasonable grounds for the issuance of a search warrant. Such warrant as might then be granted would be issued subject to the provisions of subsection 443(1) as to the powers of search and seizure conferred.

(6) Where a justice issues a warrant under subsection 443.1(5),

(*a*) the justice shall complete and sign the warrant in Form 5.1, noting upon its face the time, date and place of issuance;

(*b*) the peace officer, upon the direction of the justice, shall complete, in duplicate, a facsimile of the warrant in Form 5.1, noting upon its face the name of the issuing justice and the time, date and place of issuance;

(*c*) the justice shall direct the peace officer to record, and the peace officer shall record and complete upon the face of the facsimile warrant, the following endorsement:

***To the Occupant*: This search warrant was issued by telephone or other means of telecommunication. If you wish to know the basis upon which this warrant was issued, you may obtain a copy of the "information upon oath" from the clerk of the court for the territorial division in which the warrant was executed, at [*address*].**

You may also obtain from the clerk of the court a copy of the report filed by the peace officer who executed this warrant. That report will indicate what things, if any, were seized and where they are presently being held.

(*d*) the justice shall thereupon cause the warrant to be filed with the clerk of the court for the territorial division in which the warrant is intended for execution.

Subsection 443.1(6) elaborates the procedures attendant upon the issuance of a search warrant by telephone or other means of telecommunication. By paragraph 443.1(6)(*a*), the justice is made responsible for the completion and signature of the original warrant document. We appreciate that, as a matter of convenience, conventional search warrants are commonly prepared by, or on behalf of, the applicant peace officer. However, the issuance of conventional warrants presents no risk of disparity between the warrant as issued and the warrant as executed. To counter that risk in the issuance of telewarrants, we require that the justice assume sole responsibility for completing the original warrant document.

As well, paragraph 443.1(6)(*a*) specifies that such warrant as may issue *shall* be in Form 5.1. This represents a departure from the terms of subsection 443(3) of the *Criminal Code*, which provides that a conventional warrant "*may* be in Form 5". We recommend the mandatory use of the proposed Form 5.1 because we believe it imperative to avoid the formal problems which surfaced in our five-city survey of search warrant practices. In aggregate, some 25 per cent of the search warrants evaluated by our panel of superior and appellate court judges were pronounced fatally defective on formal grounds alone. For the most part, these fatal defects were occasioned by the inadequacies of local innovations upon the *Criminal Code*'s Form 5, both for warrants issued pursuant to section 443 and for warrants issued pursuant to such statutes as the *Narcotic*

Control Act and the *Food and Drugs Act*, which make no provision whatever for a model form of warrant.

Paragraph 443.1(6)(*b*) similarly requires the facsimile warrant, prepared by the peace officer upon the direction of the justice, to be in Form 5.1. Ordinarily, we expect that both applicant and issuer will prepare the warrant and facsimiles by completing a pre-printed version of the proposed Form 5.1. There may of course be occasions when, for want of the requisite forms at hand, either the justice or the peace officer may be put to the inconvenience of a longhand transcription of the whole of the warrant or its facsimiles. This occasional inconvenience is, we believe, far outweighed by the benefits to the formal validity of telewarrant issuance which are entailed in the mandatory use of the proposed Form 5.1.

Paragraphs (*a*) and (*b*) of the proposed subsection 443.1(6) also require that both the warrant and its facsimiles carry a notation of the time, date and place of issuance. These notations are intended as a further protection against disparities between the warrant which is issued and the facsimile warrant which is executed.

The endorsement required by paragraph 443.1(6)(*c*) anticipates the provisions made in subsections 443.1(7) and (8) for a copy of the facsimile warrant to be left with the person whose premises are searched or, in the case of unoccupied premises, to be left suitably affixed within the premises. Our reasons for requiring that a copy of the facsimile warrant be left upon the premises searched will be elaborated in the commentary to those subsections. There are, however, several very practical reasons for our recommendation that the facsimile warrant carry an endorsement in the terms proposed.

First, there is obvious merit in apprising the occupier that the document with which he is presented (or which is left upon his premises) represents an exact copy of a judicially-authorized search warrant issued by telephone or other means of telecommunication. The first sentence of the endorsement is thus directed to apprising the occupier of that fact and to allaying whatever doubts may be occasioned by the notation of the issuing justice's name in lieu of the usual signature.

Second, as was indicated earlier, we are anxious to assist the occupier in obtaining all lawful access to the information on oath, to the warrant (or its facsimile), and to the report filed by the peace

officer after execution of the warrant. In practical terms, that access is dependant upon the occupier being able to ascertain precisely where the necessary records are being maintained. According to subsection 443.1(2) of our proposed telewarrant scheme, a certified transcription of the application is to be filed with the clerk of the court for the territorial division in which the warrant is intended for execution. The second sentence of the endorsement proposed in paragraph 443.1(6)(*c*) thus merely refers the occupier to the particular address from which he may obtain a copy of the information submitted in support of the application for a telewarrant.

Third, the endorsement required by paragraph 443.1(6)(*c*) also anticipates the provision made in subsection 443.1(9) for a report to be filed by the peace officer who executes the warrant. The second paragraph of the endorsement (443.1(9)(*b*)) thus advises the occupier that he may ascertain what things, if any, were seized and their whereabouts by obtaining a copy of the peace officer's post-execution report.

Paragraph (*d*) of the proposed subsection 443.1(6) makes the same provision for filing the original of the warrant as was earlier made by subsection 443.1(2) for filing the transcription of the information on oath. Clearly, whether provision is made for the maintenance of the necessary records in the territorial division of issuance or the territorial division of execution, it is important that the same jurisdiction be designated for all such purposes.

> **(7) A peace officer who executes a search warrant issued by telephone or other means of telecommunication shall, before entry or as soon as practicable thereafter, give a facsimile of the warrant to any person present and ostensibly in control of the premises.**

At present, the peace officer executing a search warrant is under a minimal duty to provide information to the occupant about the intrusion upon his premises. All he must do is show the person concerned the warrant when required by subsection 29(1) of the *Criminal Code*:

> It is the duty of every one who executes a process or warrant to have it with him, where it is feasible to do so, and to produce it when requested to do so.

While subsection 29(1) goes some distance toward assuring persons against whom a warrant is executed that the search is authorized, it stops rather short in two respects. First, the

requirement that the warrant be produced is conditional upon the feasibility of the executor having the warrant with him. Second, subsection 29(1) does not require that the warrant be produced at the commencement of the search, which is presumably when an assurance of legality would be most worthwhile. Nor, incidentally, has Canadian case-law developed any clear requirement that the warrant be produced at the outset of a search or as soon as practicable thereafter.

In our Working Paper 30 entitled *Police Powers: Search and Seizure in Criminal Law Enforcement*, we recommended that such a requirement attach to the execution of conventional search warrants, principally because we believe that presenting a copy of the warrant — before the search commences or as soon as practicable thereafter — provides the occupier with the best assurance that the intrusion has been judicially-authorized. As well, of course, providing the occupier with a copy of the warrant apprises him as to precisely what premises are liable to be searched and what things are liable to be seized.

These same assurances as to the lawfulness of the search and the scope of the intrusion thereby authorized are perhaps even more imperative for telewarrants than for conventional warrants, not least because of the novelty of the procedure and the absence of the original warrant. Hence our recommendation that a person present and ostensibly in control of the premises be provided, at the earliest practicable opportunity, with a facsimile of the warrant.

> **(8) A peace officer who executes upon unoccupied premises a search warrant issued by telephone or other means of telecommunication shall, upon entry or as soon as practicable thereafter, cause a facsimile of the warrant to be suitably affixed in a prominent place within the premises.**

Subsection 443.1(8) imposes upon a peace officer who executes a telewarrant upon unoccupied premises an obligation similar to that imposed by subsection 443.1(7) in relation to occupied premises. Persons whose premises are entered and searched in their absence are, we believe, entitled to be apprised of that fact and, as well, to be apprised of the process by which that intrusion was authorized. Whether the premises be occupied or unoccupied, we believe that a facsimile of the warrant provides the best assurance of the lawfulness of the intrusion; and that the facsimile warrant's proposed

endorsement provides the best assurance that the occupier will be able to ascertain why his premises were searched, what, if anything, was removed, and where it is being held in custody.

> **(9) A peace officer to whom a search warrant is issued by telephone or *other means of* telecommunication shall within three days of issuance file a written report with the clerk *of the court for* the territorial division in which the warrant was intended for execution, which report shall include**
>
> > **(*a*) a statement of the time and date of execution or, if the warrant was not executed, a statement of the reasons why it was not executed;**
> >
> > **(*b*) a statement of what things, if any, were seized pursuant to the warrant and where they are presently being held;**
> >
> > **(*c*) a statement of what things, if any, were seized in addition to the things mentioned in the warrant and where they are presently being held, together with a statement of the peace officer's grounds for belief that those things had been obtained by, or used in, the commission of an offence.**

Warrants issued pursuant to subsection 443(1) of the *Criminal Code* require that the peace officer "carry [whatever may be seized] before the justice who issued the warrant or some other justice for the same territorial division to be dealt with by him according to law". As the prefix "tele" implies, it would frequently be quite impracticable to insist upon literal compliance with this requirement in the case of seizures made pursuant to a telewarrant. Indeed, it is frequently impracticable to carry before a justice things seized pursuant to a conventional search warrant, e.g., in cases involving the large-scale seizure of documents, or the seizure of livestock or perishables. For present purposes, however, it is enough to observe that obliging a peace officer to file a written report is a more practical means of achieving the same objective, namely, to ensure a measure of accountability to a judicial officer in respect of things seized by judicial authorization. Hence our general rationale for dispensing with the requirement that things seized pursuant to a telewarrant be carried before a justice; and for requiring instead that the peace officer file a written report with the clerk of the court for the territorial division in which the warrant was intended for execution.

However, subsection 443.1(9) does more than propose a more practicable means of reporting upon things seized to a judicial officer.

Perhaps the most significant aspect of subsection 443.1(9) is that it imports a limitation upon the telewarrant's duration, a limitation not presently attached to conventional search warrants. As we conceive it, the telewarrant is designed for situations in which the need for the authority of a warrant is sufficiently immediate as to make it impracticable for the peace officer to appear personally before the justice. It does not seem unreasonable, therefore, to insist upon a certain *proximity in time* between the issuance and execution of a telewarrant. Indeed, without that proximity, there is some risk that the search will be conducted in circumstances quite different from those appropriate for an application by telephone or other means of telecommunication — or, for that matter, quite different from those which prompted the justice to authorize the search by judicial warrant.

We have fixed three days as the time within which the warrant is to be executed and the report filed. This would seem a reasonable amount of time, particularly given the results of our five-city survey of search warrant practices: 82.5 per cent of all conventional warrants were executed within two days of issuance; further, 97.1 per cent of the conventional warrants on which an expiry date was specified were executed within only one day. From these data, we have concluded first, that the specification of a date certain for execution substantially reduces the time between issuance and execution; and second, that a three-day period for executing the warrant and filing the report is a feasible limitation upon the telewarrant's duration.

By paragraph (*a*) of the proposed subsection 443.1 (9), the report filed is to include a statement of the time and date of execution or, if the warrant was not executed, a statement of the reasons why it was not executed. It is presently a common police practice to endorse the time and date of execution upon the warrant, so nothing further needs perhaps to be said of the first part of paragraph 443.1 (9) (*a*). Not so common, however, is the practice of reporting upon warrants which, for one reason or another, were not executed. We believe that both practices, neither of which is presently required in relation to conventional warrants, should be made mandatory for telewarrants. Paragraph 443.1 (9) (*a*) thus ensures that the material circumstances attending the execution (or attempted execution) of a telewarrant are, by virtue of their possible relevance in any subsequent civil or criminal litigation, made a matter of record and included in the return upon the warrant.

Paragraph 443.1(9)(*b*) merely embodies and formalizes, consistently with the terms of the endorsement proposed by subsection 443.1(6), the statutory and common-law reporting requirements which attach to the execution of search warrants.

Paragraph 443.1(9)(*c*) anticipates Recommendation 3 of Part Two of this Report: by an amendment to section 445 of the *Criminal Code*, we would extend to peace officers executing a telewarrant the same powers as are presently available in the execution of a conventional warrant, i.e., to seize things which, though not specified in the warrant, are reasonably believed to have been obtained by, or used in, the commission of an offence. For such cases, however, we have proposed that the post-execution report include a statement of what things were seized in addition to those mentioned in the warrant, together with a statement of the peace officer's grounds for belief that those things were liable to seizure within the terms of section 445 of the *Criminal Code*.

> **(10) A clerk of the court to whom a written report is made pursuant to subsection (9) shall as soon as practicable thereafter cause the report, together with the information on oath and the warrant to which it pertains, to be brought before a justice to be dealt with in the same manner as if the warrant had been issued by that justice or some other justice for the same territorial division.**

By virtue of subsections 443.1(2), (9) and paragraph 443.1(6)(*d*), the information, the warrant and the post-execution report are to be filed with the clerk of the court for the territorial division in which the warrant is intended for execution. The proposed subsection 443.1(10) then requires the clerk of the court to bring the consolidated filings before a justice, so as to ensure that an order is made, within the terms of section 446 of the *Criminal Code*, for the detention or release of things seized.

> **(11) A search warrant issued by telephone or other means of telecommunication is not subject to challenge by reason only that the circumstances were not such as to make it reasonable to dispense with an information submitted personally and in writing.**

The proposed subsection 443.1(11) makes it clear that the justice's acceptance of the peace officer's grounds for belief that the circumstances made it reasonable to dispense with an information tendered personally and in writing — a decision which does not go to

the core question of whether there were reasonable grounds to issue the warrant — is not a ground for subsequent challenge.

> **(12) In any proceeding in which it is material for a court to be satisfied that a search or seizure was authorized by a warrant issued by telephone or other means of telecommunication, the absence of the information on oath, transcribed and certified by the justice as to time, date and contents, or of the original warrant, signed by the justice and carrying upon its face a notation of the time, date and place of issuance, shall be *prima facie* proof that the search or seizure was not authorized by such a warrant.**

As is evident from subsection 443.1(12), we attach considerable importance to the preservation of both the information on oath, duly transcribed and certified, and the original warrant, duly signed and noted. In the event of subsequent civil or criminal litigation, the absence of either the requisite record of the application or the original warrant would constitute *prima facie* proof that the search or seizure was not authorized by warrant.

One could of course conceive of more stringent consequences, such as, for example, the exclusion of any evidence obtained pursuant to a telewarrant issued or executed in breach, material or otherwise, of the provisions of section 443.1. In a similar vein, one could attach exclusionary consequences or, for that matter, the evidentiary consequences of our proposed subsection 443.1(12), to the peace officer's failure to make a return upon the warrant as prescribed by subsection 443.1(9) or to the clerk's failure to present the consolidated filings to a justice as prescribed by subsection 443.1(10).

Instead, however, we have recommended a quite modest sanction and we have, moreover, limited its application to the failure to produce, in prescribed form, either or both of the two most vital components of judicially-authorized search and seizure — the information submitted and the warrant issued.

Our reasons for insisting that the information and warrant be available for presentation in evidence are essentially two. First, as has already been indicated in Part One of this Report, we believe it to be of the essence of constitutionality that the grounds for the exercise of police powers of search and seizure be determined to be reasonable by a judicial officer, adjudicating before the event and

upon particularly sworn information. Hence our explicit preference for search with warrant as the rule and search without warrant as the exception, an exception to be confined to circumstances of recognized exigency and informed consent. Given that preference, it is self-evident that we would treat the failure to produce the original warrant, or the failure to produce the certified transcription of the information on which it was ostensibly granted, as *prima facie* proof that the search was not authorized by a warrant issued pursuant to section 443.1.

Second, our five-city search-warrant survey too frequently demonstrated record-keeping practices so indifferent as to defy the tracing and collation of particular informations and warrants. To be sure, our survey preceded the enactment of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Doubtless, the consequences which the *Charter* carries for unreasonable search or seizure have already prompted some improvements in the justices' record-keeping practices. It must be noted, however, that the shortcomings we observed were in relation to conventional search warrants, warrants applied for, and issued within, the same territorial division. Manifestly, a system which permits search warrants to be issued in one territorial division and executed in another, and which insists upon a consolidated filing of informations, warrants and reports in the territorial division of execution, can be expected to make much more substantial demands upon justices and clerks for the proper maintenance of the necessary records.

Our proposed subsection 443.1(12) thus puts a considerable premium upon the maintenance and preservation of informations and warrants. To tender any less stringent recommendation would, we believe, substantially compromise the integrity of the procedures we have proposed for the issuance and execution of telewarrants. In the absence of either the original warrant, duly signed and noted, or the information upon which it was granted, duly transcribed and certified, there can be little assurance that search and seizure by telewarrant could be effectively challenged or meaningfully reviewed.

RECOMMENDATION

3. Part XIII of the *Criminal Code* of Canada should be amended by substituting the words "sections 443 or 443.1" for the words "section 443" wherever the latter words appear in sections 444, 445, 446 and 447.

The amendments proposed by Recommendation 3 simply ensure that search warrants issued by telephone or other means of telecommunication are in all other respects congruent with conventional search warrants. Thus, the amendment proposed for section 444 ensures that a search warrant issued pursuant to either section 443 or section 443.1 will be available for execution only by day "unless the justice, by the warrant, authorizes execution of it by night".

Similarly, the amendments proposed for section 445 and section 447 merely extend to peace officers executing a telewarrant the same powers as are presently available in the execution of a conventional warrant, i.e., to seize things which, though not specified in the warrant, are reasonably believed to have been obtained by, or used in, the commission of an offence; and to seize any explosive substance suspected of being intended for an unlawful purpose.

The amendment proposed for section 446 makes applicable to things seized under a telewarrant the same detention, preservation, production and disposition provisions as apply to things seized under a section 443 warrant or pursuant to the powers conferred by section 445.

RECOMMENDATION

4. Part XXV of the *Criminal Code* of Canada should be amended by including the following as Form 5.1.

(See next page)

FORM 5.1

WARRANT TO SEARCH (Section 443.1)

Canada,
Province of [*specify province*]
[*territorial division in which the warrant is issued*].

To A.B. and other peace officers in the [*territorial division in which the warrant is intended for execution*]:

Whereas it appears on the oath of A.B., a peace officer in the [*territorial division in which the warrant is intended for execution*] that there are reasonable grounds for dispensing with an information presented personally and in writing; and that there are reasonable grounds for believing that the following things

[*describe things to be searched for*]

relevant to the investigation of the following offence

[*describe offence in respect of which search is to be made*]

are to be found on the following premises

[*describe premises to be searched*]:

This is, therefore, to authorize and require you within three days of this warrant's issuance to enter the said premises between the hours of [*as the justice may direct*] and to search for and seize the said things and to report thereon to the clerk of the court for the [*territorial division in which the warrant is intended for execution*].

Issued at [*time*] on the [*day*] of [*month*] A.D. [*year*] at [*place*].

.....

A Justice of the Peace/
A Judge of the Provincial Court
in and for the Province of
[*specify province*].

***To the Occupant*: This search warrant was issued by telephone or other means of telecommunication. If you wish to know the basis upon which this warrant was issued, you may obtain a copy of the "information upon oath" from the clerk of the court for the territorial division in which the warrant was executed, at [*address*].**

You may also obtain from the clerk of the court a copy of the report filed by the peace officer who executed this warrant. That report will indicate what things, if any, were seized and where they are presently being held.

Endnotes

1. ARIZONA: Ariz. Rev. Stat. Ann., ss. 13-3914(C), - 3915(C), (1978); CALIFORNIA: Cal. Pen. Code, ss. 1526(b), 1528(b), (West Supp. 1974); MONTANA: Mont. Code Ann., s. 46-5-202, (1979); NEW YORK: N.Y. Crim. Proc. Law, ss. 690.35-690.36 (M^{c}Kinney 1982); NEW SOUTH WALES: *Poisons Act*, N.S.W. Stat., No. 88, s. 43A (1981).

2. UNITED STATES: U.S. National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals, *Report on the Police* (Washington: U.S. Government Printing Office, 1973). Recommendation 4.2, entitled "Telephonic Search Warrants", urged "that every State enact legislation that provides for the issuance of search warrants pursuant to telephoned petitions and affidavits from police officers". See also the *Federal Rules of Criminal Procedure* (St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1981), Rule 41(c)(2); and J. H. Israel, "Legislative Regulation of Searches and Seizures: The Michigan Proposals" (1975), 73 *Mich. L. Rev.* 221, pp. 258-263, 304-305.

   AUSTRALIA: Law Reform Commission of Australia, *Criminal Investigation, Report No. 2: An Interim Report* (Canberra: Australian Government Publishing Service, 1975), paras. 201-202. The Australian L.R.C.'s recommendations were incorporated in the *Criminal Investigation Bill, 1977*, as section 62, and in modified form in the *Criminal Investigation Bill, 1981*, as section 59.

3. Subsection 443(1) of the *Criminal Code* refers to an "information upon oath in Form 1", thus clearly requiring that the application for a search warrant be in writing. Strictly speaking, however, there is no statutory or common-law requirement that the informant appear personally before the justice. At its highest, such an appearance is a practical requirement, since the justice may wish to examine the informant orally. Such additional facts and circumstances as may be elicited must of course be upon oath and in Form 1. Clearly, however, the informant can usefully be examined only if he is personally present before the justice, and only if he is before the justice can the "information upon oath in Form 1" be re-sworn if amended. For practical purposes, then,

the application for a search warrant is usually tendered personally by the informant.

4. See e.g., *People* v. *Aguirre* (1972), 103 Cal. Rptr. 153, where a search warrant was obtained by telephone in as little as twelve minutes.

5. For a full elaboration of the legal requirements pertaining to informations and warrants, see Lee Paikin, *The Issuance of Search Warrants: A Manual* [a Study Paper prepared for the Law Reform Commission of Canada] (Ottawa: Supply and Services, 1981).

6. Sections 443-447.

7. For a description of such practices, see Richard V. Ericson, *Making Crime: A Study of Detective Work* (Toronto: Butterworths, 1981), pp. 153-154.

8. Subsection 443(1) begins as follows: "A justice who is satisfied by information upon oath in Form 1...." This opening phrase is generally taken as establishing the issuance of search warrants as an exclusively documentary procedure, and one, moreover, which confines the evidence before the justice to that which appears in the information upon oath. See *Re United Association of Journeymen and Apprentices of Plumbing and Pipefitting Industry of U.S. and Canada and the Queen* (1972), 8 C.C.C. (2d) 364 (B.C. S.C.). See also Roach J.A. (dissenting) in *Re Worrall* (1965), 2 C.C.C. 1 (Ont. C.A.).

   To be sure, the informant's demeanour may occasionally be of some small significance, especially where the justice seeks further particulars by examining the informant orally. By itself, however, the opportunity to observe the informant's demeanour does not figure in the formal, substantive or probative requirements for the issuance of search warrants.

9. For a brief history of that litigation, see Lee Paikin, *The Issuance of Search Warrants*, *supra*, note 5, pp. 18-21.

10. The accessibility of telewarrant procedures has varied considerably among those jurisdictions in which they have been implemented or recommended for implementation. The most restrictive access was perhaps that proposed by the Committee of Michigan Bar Commissioners, where dispensing with a personal appearance was permissible only where (a) the magistrate found reasonable cause to believe that an appearance would occasion such delay as might result in the loss or destruction of the objects sought; and (b) where the application had been approved by a prosecuting attorney. See section 5[4] of the "Proposed Provisions on Search and Seizure", which appear

as an appendix in J. H. Israel, "Legislative Regulation of Searches and Seizures: The Michigan Proposals", *supra*, note 2.

Almost as restrictive is the Montana legislation, which precludes law-enforcement officers from applying directly to the appropriate judicial officer: s. 46-5-202(3), *supra*, note 1. First, the applicant must convince the county attorney or deputy county attorney (a) that a warrant is justified, and (b) that the circumstances require its immediate issuance. Thereafter, the county attorney contacts a judge by telephone, stating his own conviction that a warrant should be issued by telephone; the judge then contacts the law-enforcement officer at a telephone number provided by the county attorney and hears his application.

Perhaps the least restrictive access is that proposed in Australia's *Criminal Investigation Bill, 1981* and that found in the New South Wales *Poisons Act, 1981*. The bill provides that an application for a search warrant may be made by telephone "[w]here, by reason of circumstances of urgency, [a Police Officer] considers it necessary to do so": sub-section 59(1). The New South Wales legislation similarly gives police officers unrestricted telephone access to stipendiary magistrates for purposes of obtaining a search warrant: section 43A, *Poisons Act, 1981*, *supra*, note 1. To similar effect are the present California and New York models, neither of which conditions access to the telewarrant procedures upon a finding that it would be reasonable to dispense with a written affidavit. Instead, both jurisdictions provide merely that sworn applications may be made either in writing or orally. Perhaps the most significant aspect of these latter models is that they permit the "information upon oath" to be tendered orally, either by telephone, etc., *or* by a personal appearance before the issuing magistrate.

Somewhere between these positions is Rule 41(c)(2) of the U.S. *Federal Rules of Criminal Procedure*, *supra*, note 2, which provides in subdivision (A) that a Federal magistrate may issue a warrant based upon sworn oral testimony communicated by telephone or other appropriate means "[i]f the circumstances make it reasonable to dispense with a written affidavit". Rule 41(c)(2)(A) thus reserves the discretion to a federal magistrate and conditions the exercise of that discretion upon the applicant demonstrating to his satisfaction that the circumstances are such as to make it reasonable to dispense with a written affidavit. Significantly, the *Federal Rules* do not limit the magistrate's discretion to circumstances in which a personal appearance would be impracticable. Presumably, therefore, the magistrate could find that a personal appearance would be impracticable, but that the circumstances were nevertheless not appropriate for dispensing with a personal appearance, e.g., because of the complexity of the investigation, etc.

In this Report, we have designed a regime for the issuance of search warrants by telephone or other means of telecommunication which is neither so restrictive as the Michigan and Montana models nor so accessible as the California, New York and Australian models. According to our proposals, access to the telewarrant would be controlled by the justice, who is obliged to make a finding that the peace officer's information on oath discloses reasonable grounds for dispensing with an application presented personally and in writing. As will subsequently be seen in our proposed paragraph 443.1(5)(*b*), however, the justice's finding of reasonable grounds for dispensing with an information presented personally and in writing is not limited solely to a finding that a personal appearance would be impracticable. The applicant is obliged to set out the circumstances which make such an appearance impracticable, but the justice is not obliged to accept that claim. Nor, having accepted that claim, is the justice obliged to dispense with the requirements of an information presented personally and in writing. In effect, in deciding to dispense with the peace officer's personal appearance, the justice would, according to our proposals, have a measure of discretion equivalent to that which he enjoys in deciding to issue the search warrant itself.

In settling upon what degree of access to telewarrants we would recommend, we have sought out a middle ground between the too restrictive and the too accessible. Thus, for example, we have not conditioned access to the telewarrant upon a demonstration of reasonable grounds to believe that the delay entailed in a personal appearance might result in the loss or destruction of evidence or contraband. Nor have we stipulated the mandatory participation of crown counsel. On the other hand, we have not made the telewarrant so accessible that the decision to resort to the procedures would rest with the peace officer rather than with the justice. Nor have we gone so far as the California or New York legislation, which permits the magistrate to dispense with a written affidavit even where the peace officer is personally present before him.

Our reasons for avoiding a too restrictive access have largely to do with our confidence that the procedures we have designed make the telewarrant as judicial and particular an instrument of search and seizure as the conventional warrant. Those restrictions which we have imposed derive largely from our belief that the decision to dispense with a personal appearance and a written information should be reserved exclusively to the justice. As well, there is the further consideration that, before making the telewarrant procedures any more accessible, we would want to be assured that any such changes would not unduly strain the resources of justices of the peace.

PART THREE:

SUMMARY

OF

RECOMMENDATIONS

PART ONE: Writs of Assistance

We recommend that the writ of assistance be forthwith abolished by amendments to the *Narcotic Control Act*, the *Food and Drugs Act*, the *Customs Act*, and the *Excise Act*.

We further recommend that all writs of assistance now extant be forthwith submitted to the Administrator of the Federal Court of Canada for immediate cancellation.

We further recommend that subsection 134(1) of the *Customs Act* be amended to provide for the issuance of search warrants for execution by day or, upon reasonable cause having been shown, by night; and that subsection 134(3) of the *Customs Act* be repealed so as to abolish the customs officer's powers of entry without warrant where no justice is to be found within five miles of the premises to be searched.

PART TWO: Telewarrants

1. Part XIII of the *Criminal Code* of Canada should be amended by substituting the words "this or any Act of Parliament" for the words "this Act" in paragraphs 443(1)(*a*) and (*b*).

2. The following provisions for the issuance of search warrants by telephone or other means of telecommunication should be enacted as section 443.1 of the *Criminal Code*:

(1) Where a peace officer believes that it would be impracticable to appear personally before a justice to make application for a search warrant in accordance with section 443, he may submit an information on oath by telephone or other means of telecommunication.

(2) An information submitted by telephone or other means of telecommunication shall be on oath and shall be recorded verbatim by the justice, who shall as soon as practicable thereafter cause to be filed with the clerk of the court for the territorial division in which the warrant is intended for execution a transcription of that record, certified by him as to time, date and contents.

(3) For purposes of subsection (2), an oath may be administered by telephone or other means of telecommunication.

(4) An information on oath submitted by telephone or other means of telecommunication shall include

(*a*) a statement of the circumstances that make it impracticable for the peace officer to appear personally before the justice;

(*b*) a statement of the offence alleged, the premises to be searched and the items asserted as being liable to seizure; and

(*c*) a statement, within the terms of paragraphs 443(1)(*a*), (*b*) or (*c*), of the peace officer's grounds for belief that items liable

to seizure in respect of the offence alleged will be found in the premises to be searched.

(5) A justice who is satisfied that an information on oath submitted by telephone or other means of telecommunication

(*a*) conforms to the requirements of subsection 443.1(4),

(*b*) discloses reasonable grounds for dispensing with an information presented personally and in writing, and

(*c*) discloses reasonable grounds for the issuance of a search warrant,

may issue a warrant to a peace officer conferring the same authority to search and seize as may be conferred by a warrant issued pursuant to subsection 443(1).

(6) Where a justice issues a warrant under subsection 443.1(5),

(*a*) the justice shall complete and sign the warrant in Form 5.1, noting upon its face the time, date and place of issuance;

(*b*) the peace officer, upon the direction of the justice, shall complete, in duplicate, a facsimile of the warrant in Form 5.1, noting upon its face the name of the issuing justice and the time, date and place of issuance;

(*c*) the justice shall direct the peace officer to record, and the peace officer shall record and complete upon the face of the facsimile warrant, the following endorsement:

***To the Occupant*: This search warrant was issued by telephone or other means of telecommunication. If you wish to know the basis upon which this warrant was issued, you may obtain a copy of the "information upon oath" from the clerk of the court for the territorial division in which the warrant was executed, at [*address*].**

You may also obtain from the clerk of the court a copy of the report filed by the peace officer who executed this warrant. That report will indicate what things, if any, were seized and where they are presently being held.

(*d*) the justice shall thereupon cause the warrant to be filed with the clerk of the court for the territorial division in which the warrant is intended for execution.

(7) A peace officer who executes a search warrant issued by telephone or other means of telecommunication shall, before entry or as soon as practicable thereafter, give a facsimile of the warrant to any person present and ostensibly in control of the premises.

(8) A peace officer who executes upon unoccupied premises a search warrant issued by telephone or other means of telecommunication shall, upon entry or as soon as practicable thereafter, cause a facsimile of the warrant to be suitably affixed in a prominent place within the premises.

(9) A peace officer to whom a search warrant is issued by telephone or other means of telecommunication shall within three days of issuance file a written report with the clerk of the court for the territorial division in which the warrant was intended for execution, which report shall include

(*a*) a statement of the time and date of execution or, if the warrant was not executed, a statement of the reasons why it was not executed;

(*b*) a statement of what things, if any, were seized pursuant to the warrant and where they are presently being held;

(*c*) a statement of what things, if any, were seized in addition to the things mentioned in the warrant and where they are presently being held, together with a statement of the peace officer's grounds for belief that those things had been obtained by, or used in, the commission of an offence.

(10) A clerk of the court to whom a written report is made pursuant to subsection (9) shall as soon as practicable thereafter cause the report, together with the information on oath and the warrant to which it pertains, to be brought before a justice to be dealt with in the same manner as if the warrant had been issued by that justice or some other justice for the same territorial division.

(11) A search warrant issued by telephone or other means of telecommunication is not subject to challenge by reason only that the circumstances were not such as to make it reasonable to dispense with an information submitted personally and in writing.

(12) In any proceeding in which it is material for a court to be satisfied that a search or seizure was authorized by a warrant issued by telephone or other means of telecommunication, the absence of the information on oath, transcribed and certified by the justice as to time, date and contents, or of the original warrant, signed by the justice and carrying upon its face a notation of the time, date and place of issuance, shall be *prima facie* proof that the search or seizure was not authorized by such a warrant.

3. Part XIII of the *Criminal Code* of Canada should be amended by substituting the words "sections 443 or 443.1" for the words "section 443" wherever the latter words appear in sections 444, 445, 446 and 447.

4. Part XXV of the *Criminal Code* of Canada should be amended by including the following as Form 5.1.

(See next page)

FORM 5.1

WARRANT TO SEARCH (Section 443.1)

Canada,
Province of [*specify province*]
[*territorial division in which the warrant is issued*].

To A.B. and other peace officers in the [*territorial division in which the warrant is intended for execution*]:

Whereas it appears on the oath of A.B., a peace officer in the [*territorial division in which the warrant is intended for execution*] that there are reasonable grounds for dispensing with an information presented personally and in writing; and that there are reasonable grounds for believing that the following things

[*describe things to be searched for*]

relevant to the investigation of the following offence

[*describe offence in respect of which search is to be made*]

are to be found on the following premises

[*describe premises to be searched*]:

This is, therefore, to authorize and require you within three days of this warrant's issuance to enter the said premises between the hours of [*as the justice may direct*] and to search for and seize the said things and to report thereon to the clerk of the court for the [*territorial division in which the warrant is intended for execution*].

Issued at [*time*] on the [*day*] of [*month*] A.D. [*year*] at [*place*].

.....

A Justice of the Peace/
A Judge of the Provincial Court
in and for the Province of
[*specify province*].

***To the Occupant*: This search warrant was issued by telephone or other means of telecommunication. If you wish to know the basis upon which this warrant was issued, you may obtain a copy of the "information upon oath" from the clerk of the court for the territorial division in which the warrant was executed, at [*address*].**

You may also obtain from the clerk of the court a copy of the report filed by the peace officer who executed this warrant. That report will indicate what things, if any, were seized and where they are presently being held.

19e RAPPORT

LE MANDAT DE MAIN-FORTE

ET

LE TÉLÉMANDAT

©Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1983

Disponible gratuitement par la poste:

Commission de réforme
du droit du Canada
130, rue Albert, 7e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

N° de catalogue J31-39/1983
ISBN 0-662-52515-9

RAPPORT

SUR

LE MANDAT DE MAIN-FORTE
ET
LE TÉLÉMANDAT

Juillet 1983

L'honorable Mark MacGuigan, c.p., député
Ministre de la Justice
et Procureur général du Canada
Ottawa, Canada

Monsieur le Ministre,

Conformément aux dispositions de l'article 16 de la *Loi sur la Commission de réforme du droit*, nous avons l'honneur de vous soumettre le rapport et les recommandations qui sont le fruit des recherches effectuées par la Commission sur le mandat de main-forte et le mandat de perquisition délivré par téléphone ou autre moyen de télécommunication.

Veuillez agréer, Monsieur le Ministre, l'assurance de notre très haute considération.

Francis C. Muldoon, c.r.
président

Réjean F. Paul, c.r.
vice-président

Louise Lemelin, c.r.
commissaire

Alan D. Reid
commissaire

Joseph Maingot, c.r.
commissaire

La Commission

Francis C. Muldoon, c.r., président
Réjean F. Paul, c.r., vice-président
Louise Lemelin, c.r., commissaire
Alan D. Reid, commissaire
Joseph Maingot, c.r., commissaire

Secrétaire

Jean Côté, B.A., B.Ph., LL.B.

Coordonnateur de la section de recherche sur la procédure pénale et conseiller principal

Calvin A. Becker, B.A., LL.B., LL.M., Ph.D.

Conseillers

Maurice H. Smith, M.A. (Oxon.)
Lee S. Paikin, B.A., LL.B., LL.M.

Table des matières

PRÉFACE 1

PARTIE UN: Le mandat de main-forte 3

1. Introduction 5
2. Le mandat de main-forte en tant qu'autorisation de perquisitionner sans mandat 11
3. Le mandat de main-forte au Canada 15
   a) Transformations touchant la forme du mandat 16
   b) Procédure de délivrance du mandat 19
   c) Modifications apportées au contenu des mandats de main-forte 24
4. Le mandat de main-forte: un mécanisme inconstitutionnel 31
5. Le mandat de main-forte: une insulte à la tradition du common law 36
6. L'inutilité du mandat de main-forte 41
7. Conclusion et recommandations 49

ANNEXE: Exemples de mandats de main-forte 51

RENVOIS 57

PARTIE DEUX: Le télémandat 87

1. Introduction 89
2. Recommandations et commentaires 92

RENVOIS 111

PARTIE TROIS: Sommaire des recommandations 117

Préface

La Commission a publié récemment un document de travail intitulé *Les pouvoirs de la police: les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal*, dans lequel elle propose la codification, la rationalisation et la réforme complète des pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie qui peuvent être utilisés lors d'une enquête relative à une infraction prévue au *Code criminel* ou dans une autre loi fédérale.

Le présent rapport ne porte que sur deux des quelque cinquante recommandations qui figurent dans notre document de travail. En premier lieu, nous proposons l'abolition immédiate du mandat de main-forte. En second lieu, et il s'agit là d'une recommandation distincte malgré les liens qu'elle présente avec la précédente, nous recommandons que le mandat de perquisition puisse être obtenu par téléphone ou autre moyen de télécommunication, dans les circonstances où il est matériellement impossible au requérant de comparaître personnellement devant le juge de paix.

La Commission publiera bientôt l'ensemble de ses recommandations définitives concernant les pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie de la police dans l'application du droit pénal. Entre-temps, la Commission croit être en mesure d'apporter une contribution utile et sans doute opportune à la réforme du droit en invitant le Parlement à adopter immédiatement ces deux recommandations.

La mise en œuvre de ces deux recommandations est une tâche relativement simple. L'abolition des mandats de main-forte impliquerait la modification de la *Loi sur les stupéfiants*, de la *Loi des aliments et drogues*, de la *Loi sur les douanes* et de la *Loi sur l'accise*. Par ailleurs, il faudrait modifier la Partie XIII du *Code criminel*, afin que la demande de mandat de perquisition puisse être présentée par téléphone ou autre moyen de télécommunication, et que le mandat puisse être délivré de la même façon.

Le présent rapport contient un projet de dispositions législatives établissant les règles relatives à l'obtention du télémandat. Toutefois, nous n'avons pas formulé de dispositions énonçant les modifications législatives nécessaires à l'abolition du mandat de main-forte. Si nous y avons renoncé, ce n'est pas à cause des difficultés qu'elle comporte, mais parce qu'elle risquerait de restreindre la généralité de notre propos. Essentiellement, nous comptons recommander, dans un rapport qui sera présenté incessamment au Parlement, que tous les pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie de la police soient désormais régis par un seul et même régime de critères et de règles de procédure. À court terme, cependant, nous croyons que certaines de nos recommandations concernant ces pouvoirs, comme l'abolition du mandat de main-forte et l'instauration de dispositions prévoyant la délivrance du mandat de perquisition par téléphone ou autre moyen de télécommunication, pourraient être mises en œuvre très facilement et auraient un effet salutaire.

PARTIE UN:

LE MANDAT DE MAIN-FORTE

1. Introduction

[TRADUCTION]
Et toute personne autorisée par un mandat de main-forte délivré sous le sceau de la Cour de l'Échiquier de Sa Majesté, sera fondée à prendre avec elle un constable, chef de bourg ou autre officier public résidant près de l'endroit en question, et à pénétrer, de jour, dans toute maison, magasin, cave, entrepôt, pièce ou autre endroit, et en cas de résistance, à ouvrir par la force toute porte, coffre, malle ou autre contenant afin de saisir, puis d'emporter tout bien ou toute marchandise, de quelque nature qu'ils soient, interdits et introduits en contrebande, et de les placer en sécurité dans les entrepôts de Sa Majesté, dans le port le plus proche de l'endroit où la saisie a eu lieu[1].

L'*Act of Frauds* de 1662 introduisait ainsi un mécanisme de perquisition et de saisie extrêmement déroutant et controversé: le mandat de main-forte.

Le mandat de main-forte était un instrument déroutant dans la mesure où il associait à une simple délégation de pouvoirs de nature exécutive les traquenards du mandat de perquisition délivré par l'autorité judiciaire. Essentiellement, pourtant, le mandat de main-forte de 1662 n'était pas une forme particulière du mandat de perquisition. Il ne participait pas non plus des brefs de prérogatives, comme les brefs de prohibition et d'*habeas corpus*. Enfin, il ne pouvait être assimilé aux autres documents que l'on appelait alors «mandat de main-forte» et dont certains avaient trait à l'obligation du shérif d'aider au recouvrement de certaines créances ou d'exécuter les jugements[2]. Il s'agissait plutôt d'une adaptation ingénieuse d'une obscure doctrine de common law: la «ressource secrète du droit» de Coke, suivant laquelle [TRADUCTION] «il existe en droit une ressource secrète qui permet toujours de créer un bref en vue de l'application plus efficace d'une loi destinée à protéger la paix publique ou le bien-être du royaume, selon la force et l'effet de la loi[3]».

En somme, le mandat de main-forte créé par la loi douanière de 1662 avait pour but de sanctionner la délégation de pouvoirs de nature exécutive[4] permettant au mandataire d'exercer un pouvoir de fouille, de perquisition et de saisie prévu par la loi et, à cette fin, de requérir

l'assistance qu'il jugeait nécessaire. Cependant, il ne s'agissait ni d'un mandat de perquisition délivré par une autorité judiciaire[5], ni d'un bref de prérogative, ni d'une ordonnance judiciaire à caractère discrétionnaire[6]. Bien que le mandat utilisé en matière douanière fût revêtu du sceau de la Cour de l'Échiquier, le pouvoir discrétionnaire auquel on avait recours lors de la délivrance de celui-ci avait un caractère exécutif bien plus que judiciaire[7]. En fait, le sceau de la Cour de l'Échiquier ne faisait qu'attester la délivrance du mandat, de la même façon que les sceaux des tribunaux étaient apposés aux documents introductifs d'instance[8].

Par ailleurs, le mandat de main-forte allait soulever de vives controverses. En fait, les résistances que l'on a opposées à ce mécanisme, de même qu'au régime douanier qu'il était censé mettre en œuvre, font partie intégrante de la succession d'événements qui ont abouti à la révolution américaine[9]. En effet, l'hostilité des Américains envers le mandat de main-forte était telle que ceux-ci en sont venus à énoncer dans leur constitution qu' «il ne pourra être lancé de mandats de perquisition ou de saisie que pour une cause plausible, appuyée par le serment ou l'affirmation des plaignants; le mandat devra toujours contenir la description du lieu où doit se faire la perquisition, ainsi que celle des personnes ou des choses qui doivent être saisies[9a]».

À cette époque, comme de nos jours du reste, le mandat de main-forte était un instrument de nature exécutive, plutôt que judiciaire, destiné à l'application de la législation douanière. Des mandats de main-forte étaient délivrés aux personnes chargées d'appliquer cette législation, et attestaient qu'elles étaient mandatées pour exercer en vertu de la loi le pouvoir d'entrer, de perquisitionner et de saisir les biens interdits et introduits en contrebande. Les douaniers détenteurs d'un mandat de main-forte étaient donc habilités à rechercher les biens de contrebande, sans que leur pouvoir discrétionnaire soit restreint *a priori* par des contraintes de nature judiciaire.

Les mandats de main-forte devaient porter le sceau de la Cour de l'Échiquier, mais une fois délivrés, leur usage n'était soumis à aucun contrôle de la part de la Cour. C'est à cet égard, surtout, que le mandat prévu par la loi se distinguait de son pendant suivant le common law, le mandat de perquisition. En effet, alors que ce dernier constituait, en soi, l'octroi du pouvoir d'effectuer une perquisition déterminée, le mandat de main-forte attestait l'octroi du pouvoir général d'effectuer des perquisitions, attestation qui demeurait en

vigueur pendant la vie du souverain au nom duquel elle avait été délivrée.

En regard de la législation canadienne actuelle concernant les fouilles, les perquisitions et les saisies, l'intérêt de l'*Act of Frauds* réside moins dans les pouvoirs qu'il conférait que dans les restrictions qu'il imposait. Premièrement, aux termes de cette loi, seuls les biens interdits *et* introduits en contrebande pouvaient faire l'objet d'une perquisition et d'une saisie en vertu du mandat de main-forte[10]. Deuxièmement, la personne qui effectuait une perquisition en matière de douanes n'était fondée à employer la force que si elle avait le statut officiel de préposé des douanes, la preuve de ce statut étant la possession d'un mandat de main-forte délivré par la Cour de l'Échiquier. Troisièmement, le recours à la force n'était permis que lorsque la personne visée s'opposait à l'entrée, à la perquisition ou à la saisie. Quatrièmement, la perquisition ne pouvait avoir lieu que pendant le jour. Cinquièmement, le préposé des douanes devait prendre avec lui un constable ou un autre fonctionnaire connu afin de prévenir toute violation de la paix qui aurait pu survenir lors de la perquisition[11].

Enfin, une autre contrainte, d'une rigueur assez singulière, limitait davantage la portée des perquisitions et des saisies permises par l'*Act of Frauds* et, en fait, celle des fouilles, des perquisitions et des saisies en général. Cette restriction ne figurait pas dans l'*Act of Frauds*, mais résidait plutôt dans la doctrine de la «justification *a posteriori*» ("justification by the event") du common law[12]. En effet, il ne suffisait pas qu'il existe une «cause plausible» de soupçonner la présence de biens interdits et introduits en contrebande[13]. Si la perquisition ne révélait pas l'existence de biens de contrebande visés par le double critère précité, le dénonciateur était personnellement responsable, sur le plan délictuel, envers la personne dont les locaux avaient été soumis à la perquisition. Cette dernière pouvait alors exiger des dommages-intérêts. Or, comme le préposé des douanes effectuant une perquisition en vertu d'un mandat de main-forte était aussi le dénonciateur, il devenait de ce fait responsable si la perquisition se révélait infructueuse.

Pourtant, malgré ces restrictions qui avaient été imposées aux perquisitions effectuées dans les lieux privés en vertu d'un mandat de main-forte, les perquisitions en matière douanière prévues par la loi de 1662 échappaient à l'application d'une valeur à laquelle le common law donnait habituellement prééminence : l'autorisation judiciaire

préalable faisant suite à une dénonciation spécifique. Comme Hale l'avait établi dans son ouvrage intitulé *History of the Pleas of the Crown*, en common law, l'obtention d'un mandat de perquisition était la procédure appropriée pour avoir accès à des lieux privés, ce qui n'était possible que lorsqu'il s'agissait de biens volés[14]. Par ailleurs, les tribunaux de common law n'acceptaient de sanctionner de telles atteintes aux droits de propriété que si celles-ci étaient autorisées par un mandat délivré par un juge de paix, sur la foi d'une dénonciation faite sous serment et énonçant l'endroit où l'on soupçonnait que les biens se trouvaient, de même que les motifs qui avaient donné lieu à ces soupçons[15]. Mais les exigences du common law relatives aux caractères judiciaire et spécifique du mandat de perquisition brillaient par leur absence au sein du régime prévu par la loi régissant les perquisitions en matière douanière[16].

En conséquence, il n'y avait aucune raison d'imposer que les perquisitions et les saisies en vertu d'un mandat de main-forte fassent l'objet d'une autorisation *judiciaire* préalable, sur la foi d'une dénonciation à caractère spécifique. Il semble toutefois, du moins à partir de 1710 et peut-être même avant, que le recours au mandat de main-forte fût régi par des règles de nature *administrative*[17], qui, à toutes fins utiles, étaient analogues aux restrictions d'ordre judiciaire qui s'appliquaient à la délivrance et à l'exécution des mandats de perquisition.

Il va sans dire que les commissaires des douanes avaient intérêt à surveiller de près les méthodes d'application de leurs subordonnés, non seulement pour se protéger eux-mêmes contre les rigueurs aléatoires de la doctrine de la justification *a posteriori*, mais encore parce qu'il était essentiel que la Commission ne soit pas mise dans l'embarras par le zèle de ses préposés, surtout dans le domaine des droits de propriété privée.

Comme l'on pouvait s'y attendre, la rigueur des directives des commissaires variait entre Londres et les ports du littoral. De façon générale, cependant, ces directives avaient pour but d'imposer au mécanisme du mandat de main-forte des restrictions administratives analogues aux caractères judiciaire et spécifique du mandat de perquisition. À Londres par exemple, en 1710, les préposés des douanes ne pouvaient perquisitionner dans les maisons d'habitation qu'après avoir obtenu la permission de la Commission[18]. En 1719, on introduisit dans la législation certains mécanismes de protection applicables aux saisies effectuées en matière douanière en vertu d'un

mandat de main-forte. Ces mécanismes entraient en jeu dans la mesure où le préposé avait agi [TRADUCTION] «sur la foi de la dénonciation d'une ou de plusieurs personnes dignes de foi[19]». Afin de bénéficier aussi de ces mécanismes de protection, les commissaires des douanes établirent des règles administratives en vue de s'assurer que les perquisitions effectuées en vertu d'un mandat de main-forte s'étayaient sur une dénonciation spécifiant la nature et la description des biens de contrebande, de même que l'endroit où ceux-ci se trouvaient. Par exemple, dans le guide destiné aux préposés des douanes de Sa Majesté dans les ports du littoral, rédigé par Henry Crouch et publié en 1732, l'auteur enjoignait aux préposés des douanes de ne pas s'introduire dans les lieux privés [TRADUCTION] «sans avoir reçu une dénonciation spécifique émanant d'une ou de plusieurs personnes dignes de foi, par écrit si possible, et faisant état de la nature ou de la description des biens, du moment et de l'endroit où ils ont été introduits ou du lieu où ils sont cachés ...[20]». À partir de 1817, à Londres comme ailleurs, chaque usage du mandat de main-forte devait, de façon générale, avoir été précédé par le dépôt sous serment d'une dénonciation spécifique devant un magistrat[21]. Même si ces exigences destinées à reproduire, dans le cas du mandat de main-forte, les caractères judiciaire et spécifique du mandat de perquisition, n'étaient pas sanctionnées par la législation ni par le common law régissant le mandat de main-forte, elles n'en restreignaient pas moins l'usage de celui-ci, malgré leur origine administrative plutôt que légale.

Il est indiscutable que le mandat de main-forte prévu par la loi de 1662 a semé la confusion et suscité de vives controverses. Toutefois, il n'était pas tout à fait juste de dire qu'il était un instrument [TRADUCTION] «imposé par la législature au mépris des libertés des sujets[22]». En effet, les conditions imposées par la loi relativement au mandat de main-forte étaient loin d'être négligeables: il existait des limites rigoureuses concernant les objets saisissables (interdits *et* introduits en contrebande), les circonstances justifiant l'emploi de la force (lorsqu'une personne résistait au détenteur du mandat), les heures pendant lesquelles la perquisition pouvait avoir lieu (pendant le jour seulement), et les pouvoirs du préposé des douanes agissant seul (c'est-à-dire la présence obligatoire d'un constable ou d'un autre officier local).

Mais outre ces conditions imposées par la loi, le mandat de main-forte était également soumis à des restrictions de nature administrative et judiciaire. Par l'effet des directives administratives,

ce qui au départ constituait l'autorisation générale de procéder à des perquisitions en matière de douanes devint, à l'instar du mandat de perquisition, un instrument de perquisition et de saisie qui devait être utilisé de façon spécifique. Et indépendamment de l'importance que l'on attachait, sur le plan administratif, à l'existence d'une dénonciation digne de foi précédant l'acte, la doctrine de la justification *a posteriori* découlant du common law avait pour effet, bien entendu, d'encourager l'obtention de renseignements sûrs avant l'exécution d'une perquisition en matière douanière. En somme, l'usage du mandat de main-forte britannique avait été assujetti à des conditions prévues par la loi, à des règles de nature administrative et à une doctrine de common law, de façon à prévenir les controverses éventuelles.

Il n'en allait pas de même dans les colonies d'Amérique des années 1760 et 1770, où l'on s'insurgea contre le mandat de main-forte et le régime douanier qu'il représentait[23]. Par ailleurs, les diverses formes du mandat de main-forte qui ont été adoptées au Canada n'ont pas été sans soulever de controverses. Comme dans les colonies américaines d'avant la révolution, le débat canadien était lié principalement au fait que l'on considérait le mandat de main-forte comme une sorte de mandat de perquisition à portée générale. Cependant, contrairement au conflit américain de 1761, c'est l'opportunité du mandat de main-forte, plutôt que sa légalité, qui fut contestée au Canada. En fait, jusqu'à tout récemment[24], la légalité du mandat de main-forte semblait indiscutable, du fait que sa délivrance et son utilisation étaient sanctionnées par quatre lois canadiennes[25].

Ainsi, au Canada, on s'est plutôt interrogé sur l'opportunité de déroger, dans le cas du mandat de main-forte, aux caractères judiciaire et spécifique qui président à la délivrance du mandat de perquisition. En résumé, les détracteurs du mandat de main-forte soutiennent que celui-ci n'est pas assujetti à l'exigence de l'autorisation judiciaire préalable sur la foi d'une dénonciation spécifique et faite sous serment et que, par conséquent, il constitue une autorisation générale d'effectuer des perquisitions indéterminées. En revanche, bien qu'ils reconnaissent sa portée exceptionnelle, les défenseurs du mandat de main-forte soutiennent qu'un tel instrument de perquisition et de saisie est nécessaire à l'application de la législation contemporaine en matière de drogues, de douanes et d'accise. En outre, toujours selon les défenseurs du mandat de main-forte, la rigueur des règles administratives qui régissent la délivrance et l'usage du mandat compense pleinement l'absence de

contrôle judiciaire. En somme, ces règles assurent que le mandat de main-forte est contrôlé tout aussi étroitement sur le plan administratif que le mandat de perquisition peut l'être sur le plan judiciaire.

L'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés* le 17 avril 1982 a jeté un nouvel éclairage sur la controverse concernant le mandat de main-forte au Canada. La question n'est plus limitée au caractère approprié de celui-ci. En effet, les dispositions de la *Charte* interdisant les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives soulèvent directement la question de la légalité du mandat de main-forte.

Afin de résoudre ces questions, la Commission recommande l'abolition immédiate du mandat de main-forte. Notre recommandation repose sur des raisons théoriques aussi bien que pratiques. D'un point de vue théorique, la Commission est d'avis que rien ne justifie que le mécanisme du mandat de main-forte déroge aux caractères judiciaire et spécifique du mandat de perquisition. D'un point de vue pratique, la Commission estime que le mandat de main-forte est inutile en tant qu'instrument de perquisition et de saisie.

Afin de bien comprendre les motifs sur lesquels reposent les recommandations de la Commission, il importe d'abord d'examiner davantage l'aspect judiciaire du mandat de main-forte et son histoire dans l'application du droit canadien.

2. Le mandat de main-forte en tant qu'autorisation de perquisitionner sans mandat

Au cours des trois cents ans d'existence du mandat de main-forte, sa nature véritable a été considérablement obscurcie du fait que depuis les débuts, on a toujours eu tendance à le considérer comme une forme particulière du mandat de perquisition. Il s'agit en fait de deux instruments distincts et il importe de bien comprendre cette distinction afin de saisir l'essence du mandat de main-forte.

La différence entre le mandat de main-forte et le mandat de perquisition réside principalement dans le dosage des aspects judiciaires et exécutifs qui les caractérise respectivement. Alors que la délivrance du mandat de perquisition constitue surtout l'exercice d'un pouvoir judiciaire, et que l'aspect exécutif de cette procédure est tout à fait accessoire, le mandat de main-forte demeure, comme à ses origines, un instrument à caractère exclusivement exécutif. En fait, le mandat de main-forte était surtout un certificat d'identité attestant que le détenteur était habilité à exercer les pouvoirs de perquisition conférés par l'*Act of Frauds*. Ainsi, il s'agissait d'un instrument de nature exclusivement exécutive ou administrative qui notifiait, au sens archaïque du verbe anglais "to authorize", l'identité du détenteur en tant que mandataire de la Couronne.

Même s'il devait porter le sceau de la Cour de l'Échiquier, celle-ci étant la composante judiciaire du système de protection et de recouvrement des revenus du roi, le mandat de main-forte était préparé en pratique par un fonctionnaire administratif de la Cour de l'Échiquier qui apposait lui-même le sceau. Ce fonctionnaire, appelé «registraire du roi», avait la responsabilité de recouvrer les créances du souverain et, à cette fin, pouvait utiliser le sceau de la Cour de l'Échiquier. Toutefois, la responsabilité de celle-ci, ou plus exactement du registraire du roi au sein de la Cour de l'Échiquier, était analogue à celle du greffier des tribunaux modernes relativement à la délivrance du bref introductif d'instance en matière civile: il s'agit dans les deux cas d'une fonction purement administrative. Lorsqu'une demande était présentée au fonctionnaire administratif approprié, et lorsque celui-ci était convaincu que le mandat était conforme aux exigences prescrites, le mandat était délivré sous le sceau de la Cour de l'Échiquier et ce, sans l'intervention d'un fonctionnaire exerçant des pouvoirs judiciaires. Ainsi, la délivrance du mandat de main-forte n'était en aucune façon l'exercice, par la Cour de l'Échiquier, d'un pouvoir judiciaire. Il s'agissait plutôt d'un acte de nature purement administrative.

En revanche, à cette époque aussi bien qu'aujourd'hui, la délivrance du mandat de perquisition faisait entrer en jeu des pouvoirs de nature judiciaire et de nature exécutive[26]. En substance, le mandat de perquisition constituait l'octroi du pouvoir de s'immiscer dans les droits de propriété d'une personne, dans des circonstances qui autrement auraient eu un caractère délictuel. Même si au dix-septième siècle, le juge de paix, à qui il appartenait de délivrer les mandats de perquisition, avait à la fois des fonctions de

policier, de poursuivant et de juge, c'est en cette dernière qualité qu'il était habilité à délivrer des mandats de perquisition. Ainsi, il était tenu d'examiner, de façon indépendante et judiciaire, la forme, le contenu et la valeur probante de la dénonciation qui lui était soumise. Lorsque la dénonciation était défectueuse suivant l'un ou l'autre de ces critères, on disait qu'il n'avait pas compétence pour s'acquitter de ses responsabilités de façon judiciaire. En revanche, une fois sa juridiction établie, le juge de paix jouissait alors d'un pouvoir discrétionnaire pour délivrer le mandat et en fixer les modalités. Par la suite, après avoir exercé sa juridiction ainsi établie, le juge de paix se livrait alors à un acte de nature purement administrative ou exécutive, c'est-à-dire la délivrance matérielle du mandat, en signant le document et en y indiquant sa qualité.

En tant qu'instrument à caractère purement exécutif, le mandat de main-forte comportait diverses caractéristiques et chacune d'elles a contribué à établir la nature propre du mandat de main-forte et à le distinguer du mandat de perquisition avec lequel il avait toujours été confondu.

Premièrement, même si le mandat de main-forte était délivré sous le sceau de la Cour de l'Échiquier, ni sa délivrance, ni les circonstances entourant son utilisation n'étaient soumises à un contrôle judiciaire préalable: le pouvoir de perquisition et l'autorisation d'exercer ce pouvoir provenaient directement du texte de loi. En revanche, dans le cas du mandat de perquisition, si le pouvoir de perquisition provenait soit du common law, ou soit d'un texte de loi, l'autorisation d'exercer ce pouvoir était accordée de façon ponctuelle par l'autorité judiciaire. Alors que le mandat de main-forte attestait que son détenteur avait la compétence légale nécessaire pour exercer un pouvoir de perquisition et de saisie prévu par la loi, le mandat de perquisition faisait foi de la légalité de la perquisition elle-même. Bref, le mandat de perquisition autorisait la perquisition alors que le mandat de main-forte attestait l'identité de celui qui effectuait la perquisition.

Deuxièmement, comme le mandat de main-forte était un instrument exécutif, il restait initialement en vigueur pendant le règne du souverain au nom duquel il avait été délivré. Par la suite, en 1702, un texte de loi vint prolonger la durée des mandats de main-forte, de façon à ce que ceux-ci restent en vigueur pendant les six mois suivant la fin du règne du monarque, afin d'assurer la continuité dans l'exécution de la législation douanière pendant l'interrègne[27]. Cette

caractéristique illustre une autre différence entre le mandat de main-forte et le mandat de perquisition: alors que le premier restait en vigueur pendant la vie du souverain et constituait une autorisation générale de perquisitionner, le pouvoir conféré par le mandat de perquisition était limité dans l'espace et dans le temps à l'exécution d'une perquisition déterminée.

Troisièmement, étant donné que le mandat de main-forte était un certificat d'identité de nature exécutive, nul ne pouvait contester la validité d'une perquisition en s'attaquant au mandat. Certes, il était possible de mettre en doute l'identité du détenteur, mais pour attaquer la légalité de la perquisition, le demandeur devait se fonder sur la loi et non sur le mandat. La source du pouvoir et de l'autorisation de perquisitionner était le texte de loi, le mandat de main-forte n'étant qu'une preuve de l'identité et de la qualité du détenteur en tant que mandataire de la Couronne. En réalité, il était pour ainsi dire impossible de contester une perquisition en matière douanière. Par contre, si l'on s'attaquait à une perquisition effectuée en vertu d'un mandat de perquisition, la contestation portait directement sur le mandat qui avait censément autorisé la perquisition. Le document lui-même, ainsi que la juridiction du juge de paix qui l'avait délivré, étaient la voie de contestation appropriée et le cœur même du litige.

Ainsi, essentiellement, le mandat de main-forte ne conférait pas l'autorisation d'effectuer des perquisitions, mais attestait l'identité de ceux qui détenaient ce pouvoir en vertu de la loi. Au contraire, le mandat de perquisition conférait à l'officier le pouvoir de perquisitionner. En conséquence, en cas de contestation, l'officier qui avait agi en vertu d'un mandat de perquisition devait s'appuyer sur le document, en tant que source de son pouvoir, alors que le préposé des douanes devait s'en remettre aux dispositions du paragraphe 5(2) de l'*Act of Frauds* de 1662. Le mandat de main-forte ne pouvait lui servir qu'à s'identifier comme la personne habilitée à exercer ce pouvoir.

Aux fins du présent rapport, cette caractéristique est d'un grand intérêt. D'un point de vue strictement juridique, aujourd'hui comme à l'origine, l'étude des pouvoirs associés au mandat de main-forte doit porter, non pas sur le mandat de main-forte lui-même, mais plutôt sur la législation qui a établi ces pouvoirs. Si l'on s'oppose à l'idée d'un pouvoir discrétionnaire de nature exécutive permettant d'entrer, de perquisitionner et de saisir, l'opposition doit alors être dirigée vers le

texte de loi lui-même qui a été rédigé de façon à exempter la perquisition et la saisie effectuée en vertu d'un mandat de main-forte de l'autorisation judiciaire préalable fondée sur une dénonciation spécifique.

Pour toutes ces raisons, le mandat de main-forte ne doit pas être considéré comme une forme particulière du mandat de perquisition. Quelles que soient les ressemblances pratiques qui existent entre ces deux instruments, dans la mesure où les deux attestent par écrit la validité de la perquisition, ils ont peu de choses en commun sur le plan historique, et encore moins sur le plan de leur nature juridique. À strictement parler, le mandat de main-forte devrait être reconnu comme une autorisation de nature exécutive, d'exercer *sans* mandat des pouvoirs de perquisition prévus par la législation.

3. Le mandat de main-forte au Canada

Voilà pour la nature du mandat de main-forte en 1662. Cet instrument extrêmement déroutant et controversé de perquisition et de saisie qui à l'origine était censé faciliter l'application de l'*Act of Frauds* subsiste depuis plus de trois siècles, mais il a subi d'importantes modifications. Dans l'intervalle, le mandat a perdu un peu de son caractère solennel et intimidant. En effet, ce n'est plus le document que Smith a décrit en ces termes: [TRADUCTION] «une grande feuille de papier-parchemin, d'une longueur de deux pieds et d'une largeur de deux pieds et demi, ornée d'un portrait enluminé du souverain et d'un sceau de cire massif suspendu au bout d'un cordon tressé et renforcé[28]». D'ailleurs, le mandat n'est pas non plus le savant écrit inintelligible d'autrefois avec son écriture indéchiffrable et son texte bizarre en latin. L'apparence somptueuse du mandat a quelque peu diminué mais il n'a en rien perdu l'autorité qui permet à son détenteur d'exercer sans mandat des pouvoirs d'entrée, de perquisition, de fouille et de saisie prévus par la loi. En effet, si l'on en juge par la façon dont les lois canadiennes ont élargi sa portée, on peut affirmer que le mandat de main-forte comporte aujourd'hui plus de pouvoirs discrétionnaires même s'il est moins impressionnant.

Quatre lois prévoient actuellement la délivrance de mandats de main-forte: la *Loi sur les douanes*, la *Loi sur l'accise*, la *Loi sur les stupéfiants* et la *Loi des aliments et drogues*[29]. Toutefois, au Canada, la forme, la procédure de délivrance et le contenu du mandat de main-forte ont été considérablement remaniés.

a) *Transformations touchant la forme du mandat*

Le mandat délivré en vertu de la *Loi sur les stupéfiants*[30] illustre bien la forme que revêtent les mandats de main-forte canadiens. Bien que le sceau de la Cour fédérale du Canada en fasse un document plus impressionnant que le mandat de perquisition ordinaire, le mandat de main-forte moderne est remarquable par sa simplicité et sa clarté. Après un préambule plutôt grandiloquent — «Élizabeth II, par la grâce de Dieu, Reine du Royaume-Uni, du Canada et de ses autres royaumes et territoires, Chef du Commonwealth, Défenseur de la Foi» — le mandat annonce avec une concision louable: «Vous êtes autorisé et habilité par les présentes, conformément au paragraphe (3) de l'article 10 de la LOI SUR LES STUPÉFIANTS, aidé et assisté de tel individu que vous pouvez requérir, à entrer à toute heure dans une maison d'habitation quelconque pour y découvrir des stupéfiants» (voir l'annexe). Le document énonce qu'il a été «délivré en vertu de l'autorité d'un juge de notre Cour fédérale du Canada» et porte le sceau de cette cour bien en vue. Fait intéressant à signaler cependant, le document ne mentionne pas le nom ni ne porte la signature du juge de la Cour fédérale qui en a autorisé la délivrance. Seule la signature d'un fonctionnaire du greffe de la Cour fédérale ou, sur la version anglaise du mandat, du "registry officer", y est apposée. En bref, le mandat est délivré en vertu de l'autorité d'un juge de la Cour fédérale mais la procédure de délivrance elle-même est exécutée par un fonctionnaire judiciaire. Dans la version canadienne, le Registraire du Roi de la Cour de l'Échiquier a été remplacé par un fonctionnaire du greffe de la Cour fédérale, ce dernier étant chargé d'apposer le sceau de la Cour et de délivrer le mandat conformément aux formalités qui sont prévues — en d'autres termes, un fonctionnaire agissant dans l'exécution de fonctions administratives.

La modification sans doute la plus importante en ce qui a trait à la forme du mandat de main-forte a été le résultat d'une omission. L'absence, dans les mandats en matière de douanes et d'accise, de la caractéristique fondamentale des mandats de *main-forte*, mérite notre attention. L'autorisation en vertu de laquelle le détenteur du mandat peut demander l'assistance d'autres personnes est en

évidence dans le texte des mandats délivrés en vertu de la législation sur les drogues et les stupéfiants, comme c'était le cas, du reste, dans le mandat de 1761, un des premiers mandats de main-forte déchiffrables[31]. Lorsque l'on a réduit le texte du mandat pour en faire un document utilisable et clair, le «pouvoir de demander de l'aide» a été complètement passé sous silence dans les mandats en matière de douanes et d'accise, et dans le cas des mandats délivrés en vertu de la législation sur les drogues et les stupéfiants, ce pouvoir a été résumé en une seule phrase: «Vous êtes autorisé et habilité par les présentes, ... aidé et assisté de tel individu que vous pouvez requérir ...» (voir l'annexe).

À cause de cette omission, les mandats en matière de douanes et d'accise n'énoncent pas avec une netteté suffisante les pouvoirs qu'ils comportent. Les personnes à qui l'on présenterait un mandat de main-forte en matière de douanes ne pourraient se rendre compte à première vue que la loi les oblige à fournir «au nom de la Reine, l'aide et l'assistance légales nécessaires à la conservation et à la protection de ces effets, navires, véhicules ou biens saisis[32]». De même, le mandat de main-forte délivré en vertu de la *Loi sur l'accise* n'énonce pas que son détenteur est autorisé à requérir, s'il le juge nécessaire, l'aide et l'assistance de toute personne, officier public ou simple citoyen, dans l'exécution de *tout* acte relatif à l'accise[33]. En outre, à moins qu'elles ne connaissent les dédales de la loi, les personnes à qui l'on présenterait un mandat de main-forte et une demande d'assistance ne pourraient pas comprendre que le pouvoir du préposé des douanes de «demander de l'aide» est moins vaste que celui du préposé de l'accise. En effet, contrairement à la *Loi sur l'accise*, la *Loi sur les douanes* ne renferme aucune disposition relative à l'obligation de prêter main-forte lors de la perquisition, l'obligation énoncée ne concernant que la conservation et la protection des effets saisis ou des biens sujets à confiscation.

C'est pourquoi nous nous croyons fondés à dire que les mandats délivrés en vertu de la *Loi sur les douanes* et de la *Loi sur l'accise* ne répondent pas au critère énoncé par Sir Edward Coke, selon lequel un mandat devrait être créé [TRADUCTION] «selon la force et l'effet de la loi[34]». Il est évident que la délivrance de mandats de main-forte dont la teneur ne correspond pas aux dispositions des lois constitutives de ces mandats comporte un risque inutile: les personnes à qui ils sont présentés seront peut-être inconscientes de leur obligation légale de prêter main-forte aux détenteurs de ces mandats, sans parler de la peine d'emprisonnement dont elles sont passibles en cas de refus[35].

La *Loi sur les stupéfiants* et la *Loi des aliments et drogues*, bien au contraire, imposent l'obligation de prêter main-forte en termes plus clairs que la *Loi sur l'accise* et plus larges que la *Loi sur les douanes*. Dans les deux cas, le «pouvoir de demander de l'aide» est identique: le détenteur du mandat est autorisé à entrer et à perquisitionner, «aidé et assisté de tel individu [qu'il peut] requérir[36]». En outre, ce pouvoir de requérir l'assistance de tout individu est énoncé expressément dans les deux mandats de sorte qu'ils traduisent le but qu'ils visent, soit la notification de l'identité et de l'autorité de leur détenteur, qu'ils soient présentés à l'occupant des lieux faisant l'objet de la perquisition ou aux personnes dont l'assistance est jugée nécessaire.

La *Loi sur les stupéfiants* et la *Loi des aliments et drogues*, bien au contraire, imposent l'obligation de prêter main-forte en termes plus clairs que la *Loi sur l'accise* et plus larges que la *Loi sur les douanes*. Dans les deux cas, le «pouvoir de demander de l'aide» est identique: le détenteur du mandat est autorisé à entrer et à perquisitionner, «aidé et assisté de tel individu [qu'il peut] requérir[36]». En outre, ce pouvoir de requérir l'assistance de tout individu est énoncé expressément dans les deux mandats de sorte qu'ils traduisent le but qu'ils visent, soit la notification de l'identité et de l'autorité de leur détenteur, qu'ils soient présentés à l'occupant des lieux faisant l'objet de la perquisition ou aux personnes dont l'assistance est jugée nécessaire.

Finalement, la forme du mandat de main-forte canadien a subi une autre modification importante. Il s'agit, encore une fois, d'une modification relative au «pouvoir de demander de l'aide», la caractéristique essentielle des mandats de *main-forte*. C'est peut-être ce changement qui a le plus contribué à la croyance que le mandat de main-forte est un type de mandat de perquisition. Le mandat de main-forte de 1662 comportait l'obligation générale de prêter main-forte au détenteur du mandat dans l'exécution de ses fonctions, mais les mandats de main-forte modernes s'adressent au détenteur lui-même. Compte tenu du fait que le mandat est essentiellement une notification de l'identité de son détenteur et de son autorisation à exercer un pouvoir de perquisition et de saisie prévu par la loi et à requérir l'assistance de toute personne, il aurait dû, normalement, s'adresser aux personnes à qui il était censé être présenté.

À l'origine, les mandats de main-forte envisageaient trois hypothèses où une notification de l'identité pouvait être nécessaire.

Premièrement, l'occupant des lieux faisant l'objet de la perquisition pouvait demander au préposé de s'identifier afin de s'assurer que la fouille n'était pas une atteinte à la vie privée ou à l'ordre public. Deuxièmement, une autre mesure de précaution avait été prise pour éviter des atteintes à l'ordre public : les préposés des douanes étaient obligés, lors de leurs perquisitions, de se faire accompagner par [TRADUCTION] «un constable, chef de bourg ou autre officier public résidant près de l'endroit en question». On présumait que l'occupant des lieux connaîtrait le constable local ou autre officier public «résidant près de l'endroit en question» et que cette connaissance établirait d'autant plus la légalité de la perquisition. Ainsi, le mandat de main-forte constituait une notification de l'identité du préposé des douanes à l'occupant des lieux visés par la perquisition ainsi qu'à l'officier public local que le préposé était tenu de prendre avec lui. Toutefois, c'était davantage la présence du constable local que son assistance qui était recherchée et ce, afin qu'il atteste, lors de la perquisition, l'identité et l'autorité du préposé des douanes et, semble-t-il, afin qu'il le protège contre tout acte de violence qui pourrait être exercé sur lui[37]. Troisièmement, le mandat devait être présenté à toutes les personnes dont l'aide pouvait être requise pour faciliter la perquisition.

L'identité et l'autorité du détenteur du mandat de main-forte doivent encore aujourd'hui être établies dans ces cas. Il est vrai qu'à l'heure actuelle, seul le recours au mandat délivré en vertu de la *Loi sur l'accise* est limité par la nécessité de la présence d'un agent de la paix lors des perquisitions de nuit et qu'en raison de cette exigence, la notification de l'identité et de l'autorité du préposé n'est plus obligatoire que dans deux cas. Cependant, même si le législateur a laissé de côté, dans trois des quatre lois à l'étude, la disposition que l'on pourrait qualifier de «disposition limitative touchant l'obligation de prêter main-forte», il a maintenu l'obligation de notifier l'identité et l'autorité du détenteur du mandat à l'occupant des lieux faisant l'objet de la perquisition ainsi qu'aux personnes qui peuvent être requises de lui prêter main-forte. Bien entendu, c'est à ces personnes que les mandats devraient s'adresser pour être conformes au but visé par la loi et conserver leur nature véritable.

b) *Procédure de délivrance du mandat*

La procédure de délivrance d'un mandat de main-forte consiste essentiellement en une demande adressée à un juge de la Cour

fédérale par le Procureur général du Canada[38]. En pratique, il s'agit d'une lettre adressée à l'administrateur de la Cour fédérale du Canada par un substitut du Procureur général contenant une demande officielle accompagnée d'une déclaration assermentée, d'exemplaires des mandats qui doivent être délivrés et des honoraires établis selon le tarif en vigueur. Malgré son intitulé: [TRADUCTION] «DANS L'AFFAIRE D'UNE DEMANDE ... POUR LA DÉLIVRANCE DE MANDATS DE MAIN-FORTE», la demande prend plutôt la forme d'un avis: «SACHEZ QUE ... le Procureur général du Canada demande par la présente à un juge de cette honorable Cour de délivrer des mandats de main-forte au membre ci-après désigné de la Gendarmerie royale du Canada qui est chargé de l'exécution de la *Loi sur les stupéfiants*».

Au soutien de la demande, il n'y a qu'un seul document, soit une déclaration assermentée qui, par exemple, peut être signée par l'officier responsable de la section des forces policières qui requiert ce mandat et qui atteste l'identité et la fonction de la personne désignée. Par ailleurs, dans le cas des membres de la G.R.C., la déclaration assermentée produite au soutien de la demande peut être signée par l'officier responsable du service des dossiers. Dans ce cas, la déclaration assermentée doit être accompagnée d'une copie certifiée du «mandat de nomination» du policier à titre d'agent de la paix et de membre de la Gendarmerie royale du Canada[39]. Quoi qu'il en soit, la déclaration assermentée n'est qu'une simple déclaration dans laquelle on certifie que la personne désignée est chargée d'appliquer la loi pertinente.

La demande est ensuite présentée à l'un des juges de la Division de première instance de la Cour fédérale par l'intermédiaire du greffe de la cour. Bien que la demande doive être présentée à un juge de la Cour fédérale, la délivrance des mandats de main-forte ne fait pas partie des fonctions judiciaires de ce dernier. En effet, la délivrance est une procédure obligatoire de nature administrative où le juge n'a qu'à s'assurer que la demande est conforme aux prescriptions de la loi, que la personne désignée a les qualités requises pour être détenteur du mandat et que le mandat qui doit être délivré est conforme aux dispositions de la loi. Dans les faits, la loi oblige le juge à qui une demande est faite, à autoriser la délivrance des mandats de main-forte conformément à la demande, c'est-à-dire aux directives du Procureur général.

Le principe selon lequel les juges ont l'obligation légale d'entériner ce qui est avant tout une décision exécutive, n'a pas été

accepté d'emblée. En effet, il a été sévèrement critiqué depuis quelques années.

L'honorable Wilbur Jackett, président de la Cour de l'Échiquier du Canada (maintenant la Cour fédérale), est le premier à avoir remis ce principe en question[40]. Lors de l'audition d'une requête pour la délivrance de mandats de main-forte en vertu de la *Loi sur les douanes*, de la *Loi sur l'accise*, de la *Loi sur les stupéfiants* et de la *Loi des aliments et drogues*, le juge Jackett a étudié avec inquiétude le rôle des juges de la Cour de l'Échiquier relativement aux mandats de main-forte. Après avoir passé en revue les quatre dispositions législatives concernant la délivrance des mandats, le juge a conclu: [TRADUCTION] «... il m'est difficile, sinon impossible, d'imaginer un élément quelconque qui pourrait faire l'objet de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour[41]». En bref, la délivrance des mandats de main-forte ne fait pas partie du champ de compétence de l'ordre judiciaire. Il s'agit plutôt d'une fonction administrative que le Parlement a imposée aux juges de la Cour de l'Échiquier.

Le président Jackett a souligné que la disposition de la *Loi sur les douanes* relative à la procédure de délivrance des mandats de main-forte, semble très différente des autres lois en termes de responsabilités du juge qui en autorise la délivrance. En effet, la *Loi sur les douanes* prévoit qu'un juge de la Cour de l'Échiquier «peut émettre» un mandat de main-forte alors que les autres lois prévoient qu'un juge de la Cour de l'Échiquier «doit émettre» un mandat de main-forte sur la demande du Ministre. Il a toutefois conclu que cette distinction a peu d'importance étant donné qu'aucune de ces lois ne renferme de dispositions obligeant le requérant à fournir, au soutien de sa requête, des documents sur lesquels les juges pourraient se fonder pour se prononcer sur l'opportunité de la délivrance du mandat. En outre, il a fait remarquer qu'aucune de ces lois ne prévoit l'exercice par l'ordre judiciaire d'un pouvoir discrétionnaire en ce qui a trait aux circonstances dans lesquelles ces mandats doivent être utilisés après leur délivrance. Comme il n'existe aucun fondement à l'intervention judiciaire d'un juge de la Cour de l'Échiquier, on ne peut nullement affirmer que la délivrance du mandat fait partie du champ de compétence de l'ordre judiciaire.

Après avoir conclu que le tribunal était dépouillé de tout pouvoir discrétionnaire en ce qui a trait à la délivrance de [TRADUCTION] «mandats de perquisition sous le couvert des mandats de main-forte[42]», le juge Jackett s'est exprimé en ces termes:

[TRADUCTION]
Compte tenu de l'extrême difficulté, sinon l'impossibilité, d'exercer un pouvoir discrétionnaire de nature judiciaire relativement à l'émission d'un mandat de main-forte en vertu de la *Loi sur les douanes* dans le cas d'une demande précise, et étant donné que l'émission de tels mandats en vertu des trois autres lois mentionnées ci-dessus est obligatoire dans le cas de la demande prescrite et étant donné que je suis incapable d'établir une distinction entre l'opportunité d'émettre de tels mandats en vertu de la *Loi sur les douanes* et l'opportunité de les émettre en vertu des autres lois, je conclus que lorsqu'un juge de la Cour de l'Échiquier reçoit une demande du Procureur général du Canada en vertu de l'article 143 de la *Loi sur les douanes* visant l'émission d'un mandat de main-forte, il doit émettre ledit mandat conformément à la demande à la seule condition qu'il soit convaincu que la personne mentionnée dans la demande est un «préposé».

...

[S]i j'interprète correctement le texte de loi, on remarquera que, lorsqu'un détenteur d'un mandat de main-forte exerce les pouvoirs que lui confère ce mandat, il existe des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi par suite de sa désignation par le Procureur général du Canada ou le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social, selon le cas; il n'exécute pas une ordonnance ou un jugement de la Cour de l'Échiquier du Canada ou de l'un de ses juges. Dans sa sagesse, le Parlement a ordonné que l'attribution du pouvoir à ce préposé sera attestée par un mandat émanant de la Cour de l'Échiquier du Canada et la cour doit se soumettre à ces directives imposées par la loi[43]».

Bien entendu, cette interprétation par le juge Jackett du devoir que la loi impose à la Cour de l'Échiquier relativement aux mandats de main-forte était la seule interprétation que lui permettait la loi[44]. En 1965, la Cour a accepté, quoique avec une certaine réticence, de «se soumettre à ces directives imposées par la loi» mais, en 1975, cette réticence s'est transformée en protestation véhémente.

Dans un jugement donnant suite à une demande faite par le Procureur général du Canada pour la délivrance d'un mandat de main-forte en vertu de la *Loi sur les douanes*, le juge Collier déclara: «(J)e fus très surpris et j'eus de la difficulté à croire qu'on puisse demander une chose pareille à la Cour ou qu'elle doive, à la lumière de données si ténues et si peu révélatrices, prêter son concours pour investir un préposé gouvernemental inconnu de si vastes pouvoirs pour une période indéterminée[45]». Se pliant «avec réticence aux exigences de la Loi» parce que la cour «ne peut ni exprimer son avis ni exercer un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l'émission

de ces mandats qui sont alors confiés à des personnes qui, dans des cas particuliers, pourraient abuser gravement de ces pouvoirs de perquisition illimités», le juge Collier a cité certains passages des conclusions du président Jackett. Le juge Collier a déclaré à juste titre que le président Jackett «... faisait des réserves sur les très vastes pouvoirs conférés par ces mandats et sur l'impossibilité dans laquelle se trouvait la Cour d'exercer un pouvoir discrétionnaire relativement au nombre de mandats émis, aux aptitudes de celui qui sera investi de ces pouvoirs et à la durée de ces mandats».

Il semble que les objections formulées par le juge Collier visaient deux points, l'un touchant la procédure, l'autre le fond. L'impact de ce dernier point a été quelque peu atténué par un renvoi en bas de page dans son jugement non publié[46] mais il est clair que le juge Collier était en désaccord avec la loi elle-même. En particulier, il trouvait à redire aux lois qui confèrent aux détenteurs de mandats de main-forte de si vastes pouvoirs de perquisition et de saisie sans prévoir l'exercice d'aucune forme de contrôle judiciaire relativement à la délivrance des mandats, aux aptitudes des détenteurs de ces mandats ni aux circonstances dans lesquelles ils seront utilisés.

Toutefois, la principale objection formulée par le juge Collier ne concernait pas l'absence de dispositions relatives au contrôle judiciaire de ces vastes pouvoirs de perquisition et de saisie mais le fait que la procédure de délivrance des mandats de main-forte donnait l'impression que les mandats étaient des documents qui émanaient de l'ordre judiciaire. Comme c'est la Cour fédérale qui délivre des mandats selon les directives du Procureur général, on oublie que ces mandats sont des documents qui émanent du Ministre et non de la Cour. En fait, la Cour fédérale était tenue de donner un caractère judiciaire à un instrument de perquisition et de saisie de nature essentiellement administrative. N'était-ce ce faux caractère judiciaire, la véritable nature du mandat de main-forte serait évidente: une autorisation, émanant du pouvoir exécutif, de perquisitionner et de saisir, libre de tout contrôle judiciaire[47].

Malgré les objections formulées par le président Jackett et le juge Collier contre l'obligation des juges d'entériner un ordre qui émane essentiellement du pouvoir exécutif, la procédure de délivrance des mandats n'a pas beaucoup changé depuis que ceux-ci ont été introduits au Canada. Contrairement à la procédure de délivrance des mandats de perquisition, la Cour qui est appelée à autoriser la délivrance des mandats de main-forte ne peut exercer un pouvoir

discrétionnaire en ce qui concerne (1) l'opportunité de délivrer un mandat de main-forte, (2) le nombre de mandats émis, (3) les aptitudes de ceux qui seront investis de ces pouvoirs, (4) la durée de ces mandats et (5) la question de savoir si les circonstances particulières dans lesquelles on se servira du mandat justifient l'exercice de si vastes pouvoirs. La seule modification apportée à la procédure relative au mandat de main-forte qui ait une certaine importance est la diminution du nombre de ministres qui peuvent en demander la délivrance. En effet, depuis le 22 mars 1978, seul le Procureur général du Canada peut demander la délivrance d'un mandat de main-forte en vertu des quatre lois fédérales pertinentes[48].

(c) *Modifications apportées au contenu des mandats de main-forte*

Les modifications les plus importantes apportées aux mandats de main-forte ne concernent ni la forme, ni la procédure mais le contenu. Évidemment, la nature du mandat n'a pas changé: il s'agit d'un certificat attestant que son détenteur est autorisé à exercer un pouvoir de perquisition et de saisie que lui confère la loi[49]. Bien que la nature et le rôle du mandat demeurent inchangés, les pouvoirs du détenteur du mandat ont été considérablement élargis. Ainsi, lorsque l'on compare le mandat des années 80 à celui de 1662, on constate que le recours à la force ne dépend plus de la résistance qui peut être opposée à l'entrée, à la perquisition et à la saisie. Aujourd'hui, il est permis à un préposé qui procède à une perquisition en matière de douanes et d'accise en vertu d'un mandat de main-forte d'employer la force «en cas de nécessité», une condition beaucoup moins limitative que celle que laissait supposer l'expression «en cas de résistance» dans l'ancien mandat[50]. Les dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* et de la *Loi des aliments et drogues* sont encore moins limitatives. En effet, elles prévoient toutes deux qu'un agent de la paix peut «aux fins d'exercer son autorité en vertu du présent article, ... forcer toute porte, fenêtre, serrure, targette, enfoncer tout parquet, mur, plafond, compartiment, briser toute tuyauterie, boîte, tout contenant ou toute autre chose[51]». À toutes fins utiles, le recours à la force ne dépend ni de la résistance, ni de la nécessité.

Il est manifestement très important de savoir à quel moment, lors d'une perquisition, le recours à la force devient nécessaire. D'une façon générale, le pouvoir légal de s'introduire de force dans une

maison d'habitation afin d'exécuter un acte judiciaire en matière pénale est limité par le principe du common law selon lequel cette mesure doit être précédée d'une sommation d'ouvrir les portes[52]. Ainsi, en l'absence de disposition contraire, un préposé qui s'introduirait de force dans une maison d'habitation sans avoir sommé l'occupant de le laisser entrer outrepasserait ses pouvoirs.

On peut affirmer que l'accent mis sur le pouvoir illimité de s'introduire de force au lieu de tenir compte de la «résistance», voire même de la «nécessité», traduit l'intention du législateur d'outrepasser l'exigence du common law selon laquelle toute perquisition effectuée dans une maison d'habitation doit tout au moins être précédée d'une sommation formelle[53]. L'expression utilisée dans l'*Act of Frauds* de 1662, soit [TRADUCTION] «en cas de résistance», faisait sans doute de la sommation une condition préalable, sinon comment aurait-on pu faire la distinction entre la résistance opposée par un occupant et l'absence de ce dernier? En d'autres termes, le mot «résistance» laisse entendre que l'occupant des lieux agit de manière à entraver l'exécution de la procédure. Il semble que l'expression «en cas de nécessité» employée dans la version actuelle de la *Loi sur les douanes* et de la *Loi sur l'accise* se réfère au recours à la force dans d'autres circonstances que la simple résistance, y compris peut-être, par exemple, l'absence de l'occupant des lieux. Cependant, dans la mesure où la résistance constitue une condition, le recours à la force ne devrait être possible qu'après une sommation d'ouvrir les portes. De toute façon, ni l'une ni l'autre expression ne semble soustraire les perquisitions en matière de douanes et d'accise à l'exigence du common law selon laquelle une sommation d'ouvrir doit être faite. En conférant à l'agent de la paix un pouvoir illimité de s'introduire de force, la *Loi sur les stupéfiants* et la *Loi des aliments et drogues* semblent avoir presque écarté l'obligation de faire précéder la perquisition d'une sommation. Par conséquent, on peut dire que ces modifications constituent une dérogation graduelle aux restrictions du common law touchant l'introduction de force ainsi qu'un élargissement des circonstances dans lesquelles il est permis de s'introduire de force sans sommation.

Deuxièmement, le détenteur d'un mandat de main-forte n'est plus tenu d'effectuer ses perquisitions pendant le jour. En effet, les quatre lois prévoient, en termes différents, que ces perquisitions peuvent également être faites de nuit. La *Loi sur les douanes* dit simplement que tout préposé peut pénétrer «à tout moment, de jour ou de nuit». La *Loi sur l'accise* prévoit que tout préposé «peut

pénétrer, de nuit, s'il est accompagné d'un agent de la paix, et de jour sans être ainsi accompagné[54]». De même, les lois relatives aux drogues et aux stupéfiants disposent que ces pouvoirs de perquisition peuvent être exercés «à toute époque[55]». Ces dispositions qui, à toutes fins utiles, donnent carte blanche en ce qui a trait aux perquisitions de nuit, font ressortir un contraste frappant avec le mandat de perquisition prévu à l'article 444 du *Code criminel*, qui doit être «exécuté de jour à moins que le juge de paix, par le mandat, n'en autorise l'exécution de nuit».

Ainsi, les pouvoirs du détenteur d'un mandat de main-forte ont été élargis d'une part, relativement aux circonstances dans lesquelles il est permis d'employer la force et d'autre part, relativement aux heures pendant lesquelles les perquisitions peuvent être effectuées. Par ailleurs, d'autres modifications ont sensiblement diminué les pouvoirs attestés par le mandat.

Tout d'abord, à l'exception des mandats de main-forte en matière d'accise, les mandats de main-forte modernes ne sont plus des documents cessibles. À l'origine, les mandats étaient délivrés à une ou plusieurs personnes chargées de percevoir les droits de douanes. Les pouvoirs que ces personnes étaient autorisées à exercer dans l'exécution de leurs fonctions pouvaient également être exercés par leurs [TRADUCTION] «adjoints, ministres, préposés et autres officiers[56]». En d'autres termes, les personnes désignées à titre de détenteurs du mandat de main-forte étaient autorisées à déléguer leurs pouvoirs, y compris les pouvoirs énoncés dans le mandat de main-forte. Bien entendu, comme la loi n'exigeait pas que le mandat précise le nom de la personne qui avait le droit de s'en servir, cette délégation était tout à fait permise. Dans les faits, le mandat de main-forte pouvait être utilisé par toute personne ayant les qualités requises pour exécuter une saisie en matière de douanes.

Toutefois, dans l'état actuel du droit, seul le mandat de main-forte en matière d'accise peut faire l'objet d'une délégation[57]. On pourrait dire que le mandat de main-forte en matière de douanes comporte également un pouvoir de délégation implicite mais dans le cas des mandats de main-forte en matière de drogues et de stupéfiants, seuls les détenteurs de ces mandats peuvent s'en servir. La *Loi sur les stupéfiants* et la *Loi des aliments et drogues* prévoient toutes les deux que la cour doit «délivrer un mandat de main-forte autorisant et habilitant la personne qui y est nommée ... à entrer ... pour découvrir ...[58]». En d'autres termes, les deux lois prescrivent

implicitement que ces mandats doivent être délivrés aux personnes qui y sont nommées et que ces personnes seules peuvent s'en prévaloir. La *Loi sur les douanes*, au contraire, prescrit qu'un tel mandat peut être délivré à une personne désignée[59], mais ne précise pas quelles personnes peuvent s'en servir après la délivrance. Comme la loi ne renferme aucune disposition contraire, on pourrait penser que d'autres personnes auraient le droit de détenir des mandats de main-forte en matière de douanes et de s'en servir. En outre, pour affirmer que le mandat de main-forte en matière de douanes est un document cessible, on peut s'appuyer sur le libellé de l'article 139 qui peut être interprété comme une autorisation donnée à *tout* préposé d'exercer les pouvoirs que lui confère le mandat de main-forte[60]. Quoi qu'il en soit, il semble que seul le mandat de main-forte en matière d'accise fasse vraiment partie, selon l'expression du juge Simpson, [TRADUCTION] «du matériel de bureau[61]».

La disposition limitative la plus importante à avoir été introduite dans la version canadienne du mandat de main-forte est sans doute la nécessité de la croyance raisonnable qui est une condition préalable à toute entrée et perquisition légales. Il faut toutefois souligner que cette condition varie beaucoup d'une loi à l'autre et qu'elle s'applique d'une manière différente selon l'étape, c'est-à-dire l'entrée, la perquisition ou la saisie.

Ainsi, par exemple, la *Loi sur les stupéfiants* restreint l'exercice des pouvoirs d'entrée et de perquisition aux seuls lieux, qu'ils soient résidentiels ou non, où il y a des motifs raisonnables de croire que s'y trouvent des stupéfiants[62]. Toutefois, le pouvoir de saisie comporte quatre types de saisie dont un seul exige la croyance raisonnable. Ainsi, l'agent de la paix peut saisir (1) *tout* stupéfiant, (2) toute chose dans laquelle *il soupçonne en se fondant sur des motifs raisonnables* qu'un stupéfiant est contenu ou caché, (3) toute chose à l'égard de laquelle *il croit en se fondant sur des motifs raisonnables* qu'une infraction relative aux stupéfiants a été commise ou (4) toute chose qui *peut* constituer une preuve établissant qu'une infraction relative aux stupéfiants a été commise. Chacune de ces quatre catégories de saisie semble comporter son propre critère de certitude. L'expression «tout stupéfiant» suppose l'existence d'un critère équivalant à la connaissance personnelle ou, de toute façon, à un critère de certitude un peu plus sévère que ne laissent entendre les expressions «motifs raisonnables de croire», «motifs raisonnables de soupçonner», ou toute chose qui «peut» constituer un stupéfiant. Vient ensuite, dans

l'ordre de certitude, le critère «motifs raisonnables de croire» à la présence de toute chose au moyen ou à l'égard de laquelle une infraction relative aux stupéfiants a été commise. On retrouve ensuite le critère «motifs raisonnables de soupçonner» l'existence de toute chose dans laquelle un stupéfiant est contenu ou caché. Finalement, il y a la simple possibilité que laisse sous-entendre la disposition prévoyant la saisie de toute chose «qui peut constituer une preuve établissant» la perpétration d'une infraction relative aux stupéfiants.

Ces dispositions relatives aux saisies sont sans doute redondantes dans une large mesure, et il est tout à fait probable que même le critère de certitude le moins sévère, soit celui qu'énonce l'expression «qui peut constituer une preuve établissant qu'une semblable infraction a été commise» pourrait justifier toute saisie. Par conséquent, il est permis de douter que l'adjonction, à l'alinéa 10(1)*c*) de la *Loi sur les stupéfiants*, du critère de la croyance raisonnable, constitue une restriction importante à l'exercice du pouvoir de saisie en vertu de cette loi.

Ce qui est encore plus curieux, c'est que, si l'agent de la paix est convaincu qu'il a des motifs raisonnables de s'introduire dans les lieux, il a un pouvoir illimité de fouiller toute personne qui s'y trouve. Il est étonnant de constater que le critère de la croyance raisonnable s'applique en ce qui a trait à la perquisition dans les lieux alors qu'il n'existe aucune restriction, pas même le critère du soupçon raisonnable, en ce qui concerne la fouille des personnes qui s'y trouvent.

Le problème se complique d'autant plus que le libellé de la *Loi des aliments et drogues* et de la *Loi sur les stupéfiants* est identique en ce qui a trait à la perquisition dans les lieux ainsi qu'à la fouille des personnes qui s'y trouvent. Toutefois, la *Loi des aliments et drogues* n'est pas aussi redondante que la *Loi sur les stupéfiants* en ce qui concerne les objets saisissables et le critère de certitude requis pour ces saisies. Ainsi, l'alinéa 37(1)*c*) de la *Loi des aliments et drogues* prévoit tout simplement qu'un agent de la paix peut «saisir ... toute drogue contrôlée ... ainsi que toute autre chose qui peut prouver» qu'une infraction relative aux drogues a été commise. Encore une fois, dans la mesure où la présence de drogues contrôlées constitue un élément de preuve établissant la perpétration d'une infraction, il semble qu'un critère essentiellement moins sévère que la croyance raisonnable pourrait justifier toute saisie.

L'exigence selon laquelle toute atteinte à la vie privée doit être limitée par le critère de la croyance raisonnable est appliquée de façon moins rigoureuse dans la législation en matière de douanes que dans la législation en matière de drogues et de stupéfiants. En effet, la *Loi sur les douanes* confère au détenteur du mandat un pouvoir illimité de pénétrer en tout lieu, le critère de la croyance raisonnable ne s'appliquant qu'aux étapes ultérieures que constituent la perquisition et la saisie. Ainsi, le préposé des douanes peut, à tout moment, de jour ou de nuit, pénétrer dans *tout* bâtiment situé dans le ressort de la cour et, à cette fin, peut employer la force «en cas de nécessité» du seul fait qu'il entretienne un soupçon ou, tout au moins, qu'il veuille fureter dans ce bâtiment ou un autre lieu[63]. Toutefois, une fois qu'il y a pénétré, le mandat ne lui permet de rechercher et de saisir que les choses qu'il a raisonnablement lieu de croire sujettes à confiscation[64].

Pour une raison que l'on ignore, le mandat de main-forte en matière d'accise échappe complètement au critère de la croyance raisonnable. Ainsi, en vertu d'un mandat de main-forte, tout préposé de l'accise ou son représentant a, semble-t-il, un pouvoir illimité d'entrée, de perquisition et de saisie[65]. Il existe toutefois deux limites aux pouvoirs du préposé de l'accise : si ce dernier pénètre de nuit, il doit être accompagné d'un agent de la paix et il ne peut avoir recours à la force qu'en cas de nécessité. Hormis ces restrictions plutôt modérées, le mandat de main-forte en matière d'accise comporte des pouvoirs d'entrée, de perquisition et de saisie quasiment illimités. La loi confère aux préposés de l'accise munis d'un mandat de main-forte un pouvoir discrétionnaire, sans restriction, relativement au lieu et au moment où ils peuvent pénétrer, perquisitionner et faire une saisie. Sur ce point, citons un passage de l'opinion intéressante du juge Mellish sur cet état de choses qui déplaît souverainement aux juges : [TRADUCTION] «[À] la place du juge, il y a, pour interpréter la loi, un préposé qui, muni d'un bélier et d'un mandat de main-forte peut ... à tout moment du jour ou de la nuit, pénétrer de force dans des maisons d'habitation paisibles et y perquisitionner, en vue peut-être d'y découvrir des éléments de preuve relativement à une infraction insoupçonnée[66]».

Jusqu'ici, nous avons comparé la version actuelle du mandat de main-forte avec celle de 1662 en fonction des modifications qui y ont été apportées et qui ont soit élargi, soit limité les pouvoirs des détenteurs. Une autre modification mérite également notre attention. Cette modification n'a pas eu pour effet d'élargir ni de limiter les

pouvoirs qu'atteste le mandat, mais elle a nettement fait de celui-ci une autorisation d'exercer sans mandat les pouvoirs d'entrée, de perquisition et de saisie prévus par la loi.

En bref, cette modification concerne la durée du mandat. Lorsque le mandat de main-forte fut introduit pour la première fois, il avait la même durée que le règne du souverain au nom de qui il avait été délivré. Bien entendu, c'est la durée du mandat de main-forte qui distinguait celui-ci du mandat de perquisition. En effet, alors que le mandat de main-forte restait valide jusqu'au décès du souverain, autorisant ainsi son détenteur à effectuer un nombre illimité de perquisitions, le mandat de perquisition était limité dans l'espace et le temps à une seule perquisition.

Au Canada, tout au moins en matière de douanes et d'accise, le mandat de main-forte «demeure en vigueur tant que la personne qui y est dénommée reste un préposé, soit dans le même emploi, soit en tout autre emploi[67]». Comme le mandat de main-forte est censé être principalement une notification de l'identité et de l'autorisation de son détenteur d'exercer une série de pouvoirs de perquisition et de saisie prévus par la loi, il est tout à fait normal que la personne à qui il est délivré y soit nommée et que, comme le prévoient la *Loi sur les douanes* et la *Loi sur l'accise*, la durée du mandat soit liée à l'emploi du détenteur. En effet, compte tenu du but visé par le mandat, il importe peu que le mandat ne soit valide que pendant le règne du souverain, pendant la carrière du préposé ou, encore, pendant une période plus courte.

Pour que le but visé par le mandat soit atteint, il importe que sa durée soit suffisamment longue afin que son détenteur n'ait pas à obtenir une autorisation chaque fois qu'il doit effectuer une perquisition. À cette fin, le législateur a, tout au moins en matière de douanes et d'accise, inséré une disposition par laquelle ces mandats, tels que délivrés, doivent demeurer en vigueur «tant que la personne qui y est dénommée reste un préposé». Il est clair que cette disposition fait du mandat de main-forte un document qui exempte son détenteur de l'obligation de faire une demande particulière pour chaque perquisition qu'il se propose d'effectuer. Bien entendu, cette exemption comporte subsidiairement d'autres exemptions comme l'exemption de l'obligation de spécifier les objets visés par la perquisition et les motifs de croire que ces objets se trouvent dans les lieux qui doivent être fouillés et sont ceux au moyen ou à l'égard desquels il y a lieu de croire, en se fondant sur des motifs

raisonnables, qu'une infraction a été commise, ou l'exemption de l'obligation de rapporter, dans certains cas, le mandat à la personne qui l'a délivré.

4. Le mandat de main-forte: un mécanisme inconstitutionnel

À l'heure actuelle, le mandat de main-forte peut être utilisé en vue de l'application de la *Loi sur les stupéfiants*, la *Loi des aliments et drogues*, la *Loi sur les douanes* et la *Loi sur l'accise*[68]. Chacun de ces mandats présente des caractéristiques propres sur le plan de la forme et du fond, mais essentiellement, ils sont tous porteurs de pouvoirs de perquisition et de saisie dont l'exercice n'est freiné par aucune contrainte judiciaire ou temporelle, et permettent l'emploi de la force sans aucune restriction. Les dispositions relatives au mandat de main-forte établissent donc un régime de perquisitions sans mandat : le mandat de main-forte est en fait l'autorisation qui atteste l'identité des personnes habilitées à exercer ces pouvoirs absolument exceptionnels de perquisition sans mandat.

Vus dans cette perspective, les mandats de main-forte présentent manifestement des lacunes sur le plan de la forme, et sont empreints d'hypocrisie et sources de confusion sur le plan de la procédure. Nous considérons également les pouvoirs qu'ils portent comme une insulte à la substance et à l'esprit de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Bien sûr, on pourrait corriger les défauts manifestes des mandats de main-forte sur le plan de la forme: (1) le préambule pourrait être moins grandiloquent; (2) l'expression «autorisé et habilité» est désuète et redondante; la même idée pourrait être rendue d'une façon plus moderne, en montrant clairement que les pouvoirs du détenteur ne découlent pas du mandat lui-même, mais bien de la loi; (3) on pourrait également reformuler les mandats de main-forte en matière de douanes et d'accise et préciser la caractéristique fondamentale du mandat de main-forte, à savoir le pouvoir du détenteur «de demander

de l'aide» à toute personne, simple citoyen ou fonctionnaire, pour la perquisition et (4) on pourrait rédiger les mandats de main-forte de telle manière qu'ils remplissent véritablement leur but, soit d'attester l'identité du détenteur et de prouver qu'il est habilité à exercer des pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie prévus par la loi; à cette fin, les mandats pourraient être adressés aux personnes dont l'aide ou l'assistance peut être requise, et non au détenteur lui-même.

En outre, on pourrait mettre fin à l'hypocrisie et à la confusion qui caractérisent les procédures de délivrance des mandats de main-forte d'une façon très simple : il suffirait que les mandats soient délivrés par le procureur général du Canada de son propre chef, sans aucune participation des juges de la Cour fédérale, car cette participation ne constitue qu'une mascarade, les juges n'ayant aucun pouvoir de décision.

Une autre solution consisterait à conférer aux juges de la Cour fédérale le pouvoir discrétionnaire promis par le ministre de la Justice de l'époque dans sa déclaration du 6 avril 1978: la délivrance des mandats de main-forte serait faite selon les critères sous-entendus par l'expression «pour le plus grand avantage de la justice» et le recours au mandat de main-forte entraînerait l'obligation de fournir, après la perquisition, certains renseignements dans un rapport remis au tribunal qui a délivré le mandat[69]. Mais, de toute évidence, le mandat n'en resterait pas moins un instrument de nature exécutive, et non judiciaire, n'étant soumis à aucun contrôle judiciaire préalable en ce qui a trait aux circonstances dans lesquelles il est exécuté; finalement, si l'examen rétroactif de la perquisition ne comporte aucun pouvoir d'allouer des dédommagements, il est difficile d'y voir l'exercice d'une compétence judiciaire.

Il serait également possible de corriger à tout le moins certaines caractéristiques des mandats de main-forte sur le plan du fond: (1) on pourrait uniformiser les circonstances autorisant une introduction dans des lieux par la force, et énoncer qu'une telle action ne peut avoir lieu que si la permission d'entrer dans les lieux a au préalable été demandée et refusée; (2) de même, les circonstances autorisant le recours à la force au moment de la perquisition et de la saisie pourraient être uniformisées et s'appuyer sur des critères fondés sur une croyance raisonnable en la nécessité de ce recours; (3) les moments de la journée où peuvent être entreprises des perquisitions en vertu de mandats de main-forte pourraient de la même façon être limités: les perquisitions de nuit pourraient ainsi n'être autorisées que

lorsque l'on croit raisonnablement en leur nécessité; (4) par souci d'uniformité, on pourrait tout simplement éliminer la restriction particulière frappant les préposés de l'accise qui, à l'heure actuelle, ne peuvent perquisitionner de nuit à moins d'être accompagnés d'un agent de la paix; (5) toujours par souci d'uniformité, on pourrait également mettre fin au pouvoir de délégation, particulier au mandat en matière d'accise; (6) on pourrait énoncer que c'est la croyance raisonnable qui est le critère à utiliser pour justifier les étapes respectives de l'introduction dans les lieux, de la fouille ou perquisition et de la saisie, qu'il s'agisse de lieux ou de personnes, et ce critère pourrait s'appliquer systématiquement aux quatre types de mandats de main-forte; c'est sans doute là le point le plus important; (7) la durée des mandats en matière de stupéfiants et de drogues pourrait être limitée de façon expresse, dans des termes compatibles avec ceux des mandats relatifs aux douanes et à l'accise; (8) enfin, le «pouvoir de demander de l'aide»pourrait être uniformisé dans les quatre types de mandats, et les conséquences d'un refus pourraient être précisées dans le texte.

Mais tous ces correctifs, que ce soit sur le plan de la forme, de la procédure ou du fond, ne peuvent avoir pour seul effet que de faire des mandats de main-forte des mécanismes plus cohérents et intelligibles permettant l'exercice de pouvoirs de perquisition et de saisie qui constituent de graves atteintes aux droits de la personne. Ils n'auraient aucune incidence sur la question de la validité de ces mandats sur le plan constitutionnel. Il s'agit en effet de savoir si les pouvoirs énoncés dans les mandats de main-forte sont compatibles avec la protection préalable contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives, qui, d'après la Commission, est inhérente à l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*[70].

En ce qui concerne les mandats de main-forte en matière de douanes et d'accise, dans leur formulation actuelle, on peut répondre facilement à cette question par un simple examen des lois pertinentes. Dans la *Loi sur l'accise*[71], les pouvoirs d'entrée, de perquisition et de saisie conférés aux détenteurs de mandats de main-forte par le paragraphe 76(1) ne sont restreints par aucune exigence légale relative à des motifs raisonnables. Dans la *Loi sur les douanes*[72], seuls les pouvoirs de saisie, et non les pouvoirs d'entrée et de perquisition, sont assortis d'une exigence ayant trait à une croyance raisonnable. Il est manifestement permis de conclure de l'emploi du «ou» disjonctif dans l'article 8 de la *Charte* («Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies

abusives»), que les pouvoirs de perquisition conférés par la *Loi sur les douanes* sont par nature inconstitutionnels, mais pas nécessairement les pouvoirs de saisie.

Dans les deux autres lois renfermant des dispositions sur les mandats de main-forte, à savoir la *Loi sur les stupéfiants* et la *Loi des aliments et drogues*[73], les pouvoirs de perquisition et de saisie conférés aux détenteurs sont assortis d'une obligation légale d'avoir des motifs raisonnables. Comme le recours à des mandats de main-forte en matière de stupéfiants et de drogues dépend, d'après la loi, de l'existence d'une croyance raisonnable, il semblerait difficile de prétendre que ces types de perquisitions et de saisies en vertu d'un mandat de main-forte sont inconstitutionnels. Il est par ailleurs permis de penser que des modifications semblables aux autres lois contenant des dispositions sur les mandats de main-forte pourraient supprimer toute difficulté d'ordre constitutionnel.

La Commission rejette pourtant ces arguments. Elle croit fermement que, sauf dans des cas exceptionnels, la personne qui exerce des pouvoirs d'entrée, de fouille, de perquisition et de saisie dans le cadre d'une enquête, ne devrait pas avoir le pouvoir discrétionnaire de juger s'il existe des motifs de les exercer. Si l'on veut que de tels pouvoirs soient véritablement conformes à la *Charte*, qui interdit les fouilles, perquisitions ou saisies abusives, le caractère raisonnable des motifs présidant à leur exercice devrait dans tous les cas être déterminé par un représentant de l'ordre judiciaire, qui rendrait une décision au préalable et sur la base d'une dénonciation spécifique faite sous serment. Bien sûr, le contrôle judiciaire rétroactif demeure un moyen nécessaire, quoique complémentaire, d'atteindre les objectifs de la *Charte*. Mais c'est par le moyen d'une décision judiciaire indépendante rendue au préalable que l'on peut le plus efficacement garantir la protection constitutionnelle contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives. C'est pourquoi, de l'avis de la Commission, la meilleure solution consiste à poser que les perquisitions avec mandat sont la règle et les perquisitions sans mandat l'exception, cette dernière ne s'appliquant qu'en cas de nécessité reconnue ou de consentement donné en connaissance de cause[74].

La Commission affirme que les pouvoirs exercés en vertu des mandats de main-forte sont de toute évidence inconstitutionnels. Le caractère abusif de ces pouvoirs tient au fait que l'existence de motifs raisonnables pour leur exercice est déterminé par un agent de la paix

intéressé, et non par un représentant neutre du pouvoir judiciaire. Leur exercice n'est pas soumis à un examen judiciaire neutre au préalable, ni restreint, par la loi, à des cas où serait justifiée une exception à la règle selon laquelle les perquisitions doivent être autorisées par un mandat.

Étant donné l'absence d'exigences relatives au caractère judiciaire et à la spécificité, et l'absence d'exceptions bien définies à de telles exigences, les pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie conférés aux détenteurs de mandats de main-forte sont, à notre avis, incompatibles avec les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* et il faut de ce fait conclure à l'inconstitutionnalité de ces mandats.

En faisant cette affirmation, la Commission n'oublie pas que c'est le fléau des perquisitions et des saisies pratiquées en vertu de «mandats généraux», dont le plus célèbre était le mandat de main-forte en matière de douanes, qui est à la source du quatrième amendement à la Constitution américaine:

ARTICLE QUATRE

> Le droit des citoyens d'être protégés dans leurs personnes, leurs maisons, leurs papiers et leurs effets et d'être mis à l'abri de toutes perquisitions et saisies déraisonnables, ne pourra être violé, et il ne pourra être lancé de mandats de perquisition ou de saisie que pour une cause plausible, appuyée par le serment ou l'affirmation des plaignants; le mandat devra toujours contenir la description du lieu où doit se faire la perquisition, ainsi que celle des personnes ou des choses qui doivent être saisies[74a].

La *Charte canadienne des droits et libertés*, contrairement au quatrième amendement à la Constitution américaine, ne privilégie pas expressément les perquisitions en vertu d'un mandat. La jurisprudence américaine sur cette question est cependant à la fois instructive et convaincante. D'après la jurisprudence et la doctrine américaines prépondérantes, la préférence pour les perquisitions faites en vertu d'un mandat est une conséquence inévitable de l'interdiction des perquisitions et des saisies abusives. Par conséquent, le principe fondamental, dans l'interprétation du quatrième amendement, est le suivant: les perquisitions sans mandat effectuées dans des lieux privés sont présumées abusives, à moins qu'il ne soit possible de démontrer que la perquisition appartient à une catégorie restreinte d'exceptions fondées, pour la plus grande part, sur des cas de nécessité[75].

La raison pour laquelle on présume qu'un pouvoir de s'introduire et de perquisitionner, sans mandat, dans des lieux privés, a un caractère abusif, c'est que son exercice dépend des conclusions d'un agent de la paix, et non d'un représentant de l'ordre judiciaire, au sujet de l'existence de motifs raisonnables. [TRADUCTION] «C'est un représentant de l'ordre judiciaire, et non un policier ou un agent de l'administration chargé de l'application de la loi, qui doit en principe décider si le droit de perquisitionner doit l'emporter sur le droit à la vie privée[76]». Pour cette raison, la Commission préconise une interprétation semblable de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'interdiction des fouilles, perquisitions et saisies abusives entraîne inévitablement, d'une façon implicite, une préférence pour les perquisitions effectuées en vertu d'un mandat, ce dernier étant délivré au préalable par un représentant de l'ordre judiciaire, sur la base d'une dénonciation faite sous serment.

Quant au mandat de main-forte, il constitue tout simplement un mécanisme de perquisitions et de saisies qui sont elles-mêmes en contradiction flagrante avec l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Encourager sa survivance reviendrait à perpétuer un moyen d'effectuer des fouilles, perquisitions et saisies inconstitutionnelles.

5. Le mandat de main-forte: une insulte à la tradition du common law

Sur le caractère intrinsèquement inconstitutionnel des pouvoirs de perquisition liés au mandat de main-forte, la Commission ne peut, certes, faire davantage que de donner une opinion bien réfléchie. La question devra être résolue un jour par la Cour suprême du Canada ou par le Parlement lui-même. Que les pouvoirs de perquisition et de saisie liés au mandat de main-forte soient un jour déclarés constitutionnels ou inconstitutionnels, la Commission n'en préconise pas moins l'abolition du mandat, car il représente une atteinte au common law selon lequel, traditionnellement, les pouvoirs de perquisition sans mandat étaient restreints aux cas de nécessité ou de consentement donné en connaissance de cause.

Les tribunaux de common law ont toujours exigé des agents de l'État qu'ils justifient devant eux les pouvoirs qu'ils prétendent exercer. Ainsi, dans le contexte des pouvoirs de perquisition dans des lieux privés et de saisie des objets qui s'y trouvent, le common law s'est montré particulièrement enclin à protéger le droit à la vie privée des individus, en cherchant à s'assurer que les actions coercitives s'accomplissent dans tous les cas suivant le principe de la légalité. Cette attitude protectrice s'est entre autres traduite par l'imposition de responsabilités judiciaires aux personnes responsables de la délivrance des mandats de perquisition et ces responsabilités ont contribué à limiter l'exercice des pouvoirs de fouille et de perquisition aux cas qui le justifiaient. Outre les restrictions préalables contenues dans la procédure de délivrance des mandats, le common law a mis sur pied au sein des tribunaux un ensemble de recours rétroactifs. Mais le rôle du pouvoir judiciaire est toujours le même, peu importe qu'il intervienne avant ou après le fait: il s'agit d'assurer le respect des limites fixées au pouvoir du souverain par le principe de la légalité.

En common law, on considère que les restrictions préalables constituent un moyen de contrôle nettement préférable à l'examen rétroactif. Pour reprendre la formule consacrée, mieux vaut prévenir que guérir. C'est pourquoi, depuis longtemps, dans notre système, l'autorisation judiciaire préalable constitue une condition indispensable à la légitimité d'une perquisition ou d'une saisie; dans cette perspective, les perquisitions avec mandat représentent la règle, et les perquisitions sans mandat, l'exception.

Bien sûr, les exceptions sont sans doute plus importantes que la règle elle-même. Mais il s'agit néanmoins d'exceptions, peu importe leur nombre. En principe, le mandat de perquisition, et la protection qu'il accorde, demeure le moyen qui doit prévaloir pour autoriser une intrusion. On doit y avoir recours à moins qu'une raison majeure n'établisse la nécessité d'une exception. En common law, le pouvoir exceptionnel de perquisitionner sans mandat n'existe qu'en cas de nécessité reconnue ou de consentement donné en connaissance de cause.

Il n'est pas vraiment nécessaire d'insister sur l'exception du consentement. Qu'il suffise de dire qu'il est inutile pour les tribunaux d'autoriser la suspension des droits civiques ou de propriété d'une personne si cette dernière consent à une telle suspension. Mais quels sont, précisément, les cas de nécessité reconnus en common law?

Cette question mérite que l'on s'y attarde quelque peu. À tout le moins, le pouvoir de perquisition sans mandat peut être exercé en common law à l'égard d'une fouille pratiquée au moment d'une arrestation licite, lorsqu'il est raisonnablement prudent d'agir ainsi (a) en vue de découvrir une arme dissimulée ou tout autre objet susceptible d'être utilisé par le suspect pour s'infliger des blessures ou en infliger à d'autres personnes, ou pour l'aider à s'évader; ou (b) pour saisir ou préserver des éléments de preuve relatifs à l'infraction pour laquelle le suspect a été arrêté[77]; lorsqu'une personne est arrêtée dans des lieux privés, ce pouvoir comprend aussi la fouille immédiate de la partie des lieux qui se trouve sous son autorité. Le pouvoir de s'introduire dans des lieux afin d'empêcher la perpétration d'infractions dont on croit raisonnablement qu'elles sont susceptibles de causer un préjudice grave et immédiat à des personnes, a également été reconnu, jusqu'à un certain point, en common law[78]; et l'existence d'un pouvoir encore plus étendu, soit celui d'entrer dans des lieux privés afin d'empêcher une atteinte à l'ordre public, ou même d'empêcher la perpétration d'une infraction que l'on croit être imminente ou susceptible d'être perpétrée, a également été reconnue jusqu'à un certain point[79]. La certitude est cependant plus grande à l'égard de l'existence, en common law, du pouvoir, après un avis approprié, d'entrer dans des lieux privés, par la force et sans mandat, pour chercher et arrêter une personne désignée dans un mandat non exécuté, dont on a des motifs raisonnables et probables de croire à la présence sur les lieux[80].

Outre ces pouvoirs de fouille et de perquisition sans mandat prévus par le common law, il existe une autre catégorie d'exceptions à la règle générale selon laquelle les perquisitions doivent être effectuées en vertu d'un mandat. Plusieurs fois, le Parlement s'est prévalu de sa compétence législative souveraine pour donner, par des textes de loi, une extension aux pouvoirs de perquisition et de saisie sans mandat. Dans certains cas, telles les dispositions de l'article 101 du *Code criminel* qui régissent la perquisition en matière d'armes, la loi est simplement venue clarifier ou modifier des pouvoirs qui existaient déjà en common law. Dans d'autres, elle a créé de nouveaux pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie ou les a considérablement accrus.

Parmi les pouvoirs de cette nature les plus remarquables en droit canadien, on retrouve ceux qui sont conférés par les textes législatifs qui nous intéressent ici, soit la *Loi sur les douanes*, la *Loi sur l'accise*, la *Loi sur les stupéfiants* et la *Loi des aliments et drogues*[81].

On a cependant invoqué cette troisième exception à l'interdiction des perquisitions sans mandat pour justifier quantité de dispositions légales autorisant des inspecteurs de toutes sortes à entrer et perquisitionner, sans mandat, dans divers types de lieux, pour toutes sortes de fins. C'est ainsi que l'on trouve des régimes de perquisition sans mandat dans des lois aussi diverses que la *Loi sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs*[82], la *Loi sur l'aéronautique*[83], la *Loi sur les pêcheries*[84], et la *Loi sur les épizooties*[85].

En fait, les principes selon lesquels la perquisition en vertu d'un mandat est la règle et la perquisition sans mandat, l'exception, ont été tempérés à un tel point par des préoccupations de commodité qu'il conviendrait sans doute d'énoncer la règle dans les termes suivants: toute perquisition ou saisie est illégale à moins d'être effectuée en vertu d'un mandat, ou à défaut de mandat, à moins d'être effectuée dans l'une des circonstances suivantes:

a) en réaction à des cas, prévus par la loi, tellement graves et urgents qu'il est nécessaire et justifié de prendre des mesures immédiates, sans l'autorisation d'un mandat;

b) sur l'invitation ou avec le consentement de la personne devant être fouillée; et, dans le cas de lieux ou de véhicules, sur l'invitation ou avec le consentement de la personne qui occupe les lieux ou qui est responsable du véhicule; ou

c) en vertu d'une autorisation légale spécifique.

En bref, le pouvoir exceptionnel de perquisition sans mandat ne peut être exercé qu'en cas de nécessité reconnue ou de consentement, ou encore s'il est autorisé spécifiquement, par ailleurs, par un texte de loi.

Selon la Commission, il se peut que le champ de cette troisième exception (les cas où la perquisition sans mandat est autorisée, par ailleurs, par un texte de loi) doive être grandement restreint si l'on veut que les pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie soient véritablement conformes à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives contenue dans la *Charte*. En outre, la Commission recommande fermement que l'on respecte la tradition de common law selon laquelle les perquisitions et les saisies doivent être exercées en vertu d'un mandat, sauf en cas de nécessité reconnue ou de consentement donné en connaissance de cause. Cela ne veut pas dire que le pouvoir de perquisition sans mandat ne devrait jamais être conféré dans un texte de loi, par souci de commodité. Cela veut

plutôt dire que de tels pouvoirs constituent une atteinte aux traditions de common law et que, pour cette raison, les exceptions devraient être aussi rares que possible, ou à tout le moins que l'on ne devrait pas les laisser proliférer à tort et à travers.

Est-ce qu'il convient de suspendre les exigences relatives au caractère judiciaire et à la spécificité pour l'application des lois sur les douanes, l'accise, les stupéfiants et les drogues? Sur cette question, des personnes sensées peuvent évidemment avoir une opinion divergente. Les objectifs de la protection des revenus publics et de la suppression des drogues illicites peuvent se voir attribuer une importance différente selon les personnes interrogées. L'équilibre à atteindre entre les pouvoirs policiers et les libertés individuelles sera carrément déterminé par la valeur attribuée à ces objectifs. Pour certains, évidemment, rien ne peut justifier la suspension des restrictions traditionnelles rattachées aux pouvoirs de la police, si ce n'est une insurrection réelle ou appréhendée. Mais pour d'autres, et leur raisonnement est tout aussi logique, les objectifs de ces lois, à savoir la protection des revenus publics et la suppression des drogues illicites, sont bien proches du critère du «danger manifeste et immédiat» qui justifie la suspension des droits et libertés fondamentaux. La façon dont on tranchera le débat dépendra donc de la valeur que l'on attribue à ces objectifs législatifs d'une part et, de l'autre, de l'importance que l'on attache aux traditions de common law et à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Selon nous, la protection des revenus publics et la suppression des drogues illicites n'entraîne pas nécessairement l'obligation d'instaurer un régime de perquisition sans mandat. Nous affirmons en fait que des lois qui dispensent l'État de justifier au préalable le recours à des pouvoirs de perquisition portant atteinte à la vie privée, des lois qui confèrent des pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie sans restriction temporelle ou spatiale ou à l'égard de l'emploi de la force, et n'ayant pas à être fondés sur des motifs raisonnables, sont inévitablement incompatibles avec les traditions du common law et avec nos aspirations constitutionnelles. À l'instar de la Commission de réforme du droit de l'Australie, nous croyons que de tels mécanismes de fouille, de perquisition et de saisie auraient dû être abolis depuis longtemps et nous en recommandons la suppression sans plus tarder[86].

6. L'inutilité du mandat de main-forte

Selon la Commission, il devrait être suffisant de dire que les mandats de main-forte permettent de se livrer à des fouilles, perquisitions et saisies anticonstitutionnelles et qu'ils constituent une insulte aux traditions du common law. Chacun de ces deux motifs peut en effet largement justifier l'abolition immédiate de ces mandats, que nous recommandons avec force.

La Commission sait évidemment que, dans certains milieux, on lui reprochera de n'avoir pas suffisamment tenu compte des problèmes que pose, dans la pratique, l'application des lois actuelles en matière de drogue, de douanes et d'accise. À cette objection, elle répond que le mandat de main-forte est un mécanisme inutile.

D'ailleurs, le gouvernement fédéral a reconnu, en 1978, l'inutilité des mandats de main-forte en matière de douanes et d'accise[87]. C'est pour ce motif que le ministre de la Justice de l'époque, l'honorable Ron Basford, avait annoncé l'abolition de ces mandats; les mandats en matière de stupéfiants et de drogues devaient cependant être maintenus, mais on y apporterait des modifications importantes sur le plan de la délivrance et de l'utilisation[88].

Nous considérons nous aussi que les mandats de main-forte en matière de douanes et d'accise sont inutiles et devraient par le fait même être abolis. Toutefois, nous nous opposons respectueusement au critère de nécessité invoqué par le Ministre et, par conséquent, à la décision de maintenir les mandats de main-forte pour ce qui est de l'application des lois relatives aux stupéfiants et drogues.

Quelle serait donc l'utilité de ces mandats de main-forte? Selon le ministre de la Justice et Procureur général du Canada de l'époque, il fallait tenir compte de trois grandes difficultés: l'influence universelle du syndicat du crime dans le trafic des stupéfiants, la facilité avec laquelle on transporte et vend illicitement des narcotiques et enfin, la difficulté d'obtenir un mandat de perquisition ordinaire dans un très court délai[89]. Mais même si l'on reconnaît l'importance de ces difficultés, on n'est pas obligé pour autant d'admettre la nécessité des mandats de main-forte dans l'application des lois relatives aux stupéfiants et drogues. En fait, la Commission estime respectueusement que ces difficultés témoignent, tout au plus,

de l'utilité et de la commodité du mandat de main-forte en tant que mécanisme de perquisition et de saisie, mais non de sa nécessité.

Lorsqu'elle parle de la nécessité du mandat de main-forte, la G.R.C. invoque habituellement la difficulté d'obtenir des mandats de perquisition ordinaires, étant donné le caractère d'urgence propre aux enquêtes en matière de drogues[90]. Les profits pouvant être tirés des drogues illégales attirent des trafiquants bien organisés et expérimentés; de ce fait, et comme les drogues illicites peuvent être facilement dissimulées, transportées et vendues, le temps représente un élément essentiel dans l'application de ces lois. Même si l'on facilitait l'accès aux juges de paix, le temps requis pour l'obtention d'un mandat risquerait fréquemment de compromettre le succès de l'enquête. Donc, dans les cas où le temps joue un rôle essentiel — et il semble que c'est ce qui arrive le plus souvent en matière d'application des lois sur les drogues — le mandat de perquisition constitue trop souvent une solution impraticable.

Pour sa part, la Commission estime que le critère de la nécessité doit être appliqué d'une façon plus rigoureuse. Bien sûr, l'utilité et la commodité du mandat de main-forte sont reconnues, mais ni l'une ni l'autre de ces vertus n'en fait un mécanisme indispensable. En réalité, l'utilité et la commodité du mandat de main-forte sont des avantages communs à tous les pouvoirs de perquisition sans mandat. Mais pour pouvoir être considéré comme un mécanisme indispensable, le mandat de main-forte doit être examiné à la lumière de critères plus rigoureux.

Selon la Commission, il est nécessaire, pour juger de la nécessité ou de l'inutilité des mandats de main-forte, de répondre à la question suivante : les objets de la *Loi sur les stupéfiants* et la *Loi des aliments et drogues* présentent-ils des problèmes d'application tellement sérieux qu'ils seraient impossibles à remplir sans un régime spécial de perquisitions sans mandat? En d'autres termes, y a-t-il des circonstances qui échappent à la règle voulant que les perquisitions doivent être autorisées par un mandat et qui ne sont pas visées non plus par les exceptions à cette règle, à savoir les cas de nécessité reconnue et de consentement donné en connaissance de cause?

Pour répondre à cette question, il sera utile, tout d'abord, de donner certains cas types habituellement invoqués pour démontrer la nécessité des mandats de main-forte[91].

[TRADUCTION]

Cas type n° 1:

Importation

On détecte un chargement de drogues à son arrivée à l'aéroport et l'adresse du destinataire et du consignataire sont fictives. On décide de procéder à une surveillance pour voir qui viendra réclamer les drogues et à quel endroit elles seront livrées. La G.R.C. n'apprend la destination ultime qu'après avoir suivi le messager chargé du transport des drogues. Pour être véritablement efficace, la perquisition doit avoir lieu dans les quelques minutes suivant le moment de la livraison des drogues, lorsque les suspects sont occupés à ouvrir les boîtes et que les financiers ou les patrons sont présents pour s'assurer qu'ils en ont bien reçu pour leur argent. Si l'on veut pouvoir effectuer la perquisition au meilleur moment possible, on n'a pas le temps d'obtenir un mandat de perquisition où serait désignée cette maison de rapport et il est nécessaire de recourir à un mandat de main-forte pour entrer dans les lieux et y perquisitionner ....

Cas type n° 2:

Un complot de trafic d'héroïne se trame dans la rue

On apprend qu'un trafiquant d'héroïne vend de la drogue dans une salle de billard de l'endroit. La G.R.C. décide donc de surveiller les lieux. Le trafiquant rencontre un héroïnomane dans la salle de billard et une transaction semble avoir lieu, car il y a échange d'argent et l'héroïnomane se met quelque chose dans la bouche. Suivi par l'équipe de surveillance de la G.R.C., l'héroïnomane quitte la salle de billard. Il est impossible de le fouiller dans la rue, car les héroïnomanes gardent toujours l'héroïne dans leur bouche et l'avalent si on les approche. On suit l'héroïnomane jusqu'à un garni des environs où il loue une chambre. Le temps devient maintenant un élément important, car les enquêteurs doivent fouiller le suspect pendant qu'il se prépare à l'injection: c'est en effet le seul moment où l'héroïnomane ne peut se débarrasser aisément de l'élément de preuve en l'avalant ou en le jetant aux cabinets. L'utilisation d'un mandat de main-forte est indispensable, car les enquêteurs doivent agir dans les trois à cinq minutes suivant l'entrée de l'héroïnomane dans la chambre. On n'a pas le temps d'obtenir un mandat de perquisition et il aurait été impossible de l'obtenir au début de l'enquête, car l'héroïnomane n'a loué la chambre qu'après avoir acheté l'héroïne ....

Cas type n° 3:

Livraison surveillée

De source fiable, on apprend qu'un paquet de cocaïne est arrivé par courrier de première classe au bureau de poste, à l'adresse d'un

trafiquant de drogues connu. La Loi sur les postes n'autorise pas les enquêteurs à ouvrir ou à manipuler le colis et par conséquent, il est impossible de substituer à la drogue une poudre inoffensive, ou même de prélever un échantillon aux fins d'analyse et de preuve. Grâce à des contacts avec des représentants du ministère des Postes, on connaît la date et l'heure approximative à laquelle le colis doit être livré. Le destinataire habite une grande conciergerie. Avant la livraison du colis, les enquêteurs de la G.R.C. obtiennent un mandat de perquisition[92] où est désigné l'appartement du suspect, et ils entreprennent la surveillance de la conciergerie. Le colis est livré par facteur et le présumé trafiquant l'accepte. Il est impossible d'effectuer une perquisition sur-le-champ, car pour établir la connaissance de la présence de drogues, il faut tout d'abord que le colis ait été ouvert. Étant donné que la conciergerie est fréquentée par des gens du milieu, les enquêteurs ne peuvent penser obtenir la collaboration du concierge ou des autres locataires. Il est donc impossible de faire une surveillance continuelle de la porte de l'appartement de l'accusé, bien que l'on surveille toutes les sorties de l'édifice. Après avoir laissé au suspect le temps d'ouvrir le colis (environ cinq à dix minutes), on entre dans l'appartement en vertu d'un mandat de perquisition. L'épouse du suspect s'y trouve, mais le suspect et le colis de drogue ont tous deux disparu. En interrogeant la femme, on apprend que le suspect a pris le colis et s'est rendu dans l'appartement voisin, chez un ami. Comme on n'a pas le temps d'obtenir un mandat de perquisition, on entre dans l'appartement de l'ami en vertu d'un mandat de main-forte. On y arrête le suspect et son ami, qui sont en train de jeter la cocaïne aux cabinets, car ils ont entendu les enquêteurs entrer dans l'autre appartement et savaient qu'ils viendraient également fouiller l'appartement de l'ami. On parvient à récupérer assez de drogue pour pouvoir accuser les deux personnes d'importation illégale de cocaïne. Si l'un des enquêteurs n'avait pas été détenteur d'un mandat de main-forte, il aurait été impossible d'intenter des poursuites, car la drogue aurait été détruite avant que l'on ait pu obtenir un mandat de perquisition.

Cas type nº 4:

La surveillance policière conduit à une perquisition

On sait qu'un important trafiquant de drogues se trouve dans une résidence (une maison d'habitation) et la police y effectue une surveillance pendant un certain laps de temps. On sait qu'il attend une livraison d'héroïne et qu'il s'est procuré les ingrédients et le matériel nécessaires pour diluer l'héroïne et pour la répartir en quantités d'une once ou en capsules destinées à la revente. De source fiable, on sait que deux de ses associés doivent arriver avec l'héroïne et l'aider à effectuer ces opérations. Comme il est impossible, en vertu de la Loi sur les stupéfiants, d'obtenir la délivrance d'un mandat avant que les drogues

arrivent à un certain endroit, il est essentiel de pouvoir recourir au mandat de main-forte pour entrer dans les lieux au moment le plus opportun, habituellement dans la demi-heure qui suit l'arrivée des drogues dans la maison. Comme le temps joue, il peut être impossible d'obtenir un mandat de perquisition en vue d'entrer dans les lieux au moment où les trois personnes s'y trouvent en possession de l'héroïne.

Cas type n° 5:

Préparation d'héroïne pour la revente

Des enquêteurs apprennent de source fiable que le trafiquant A dispose d'une grande quantité d'héroïne. Des perquisitions clandestines permettent de découvrir que la drogue est dissimulée dans le sous-sol (ou à un autre endroit) d'un grand immeuble d'habitation (ou à l'extérieur, sur le terrain). On remplace la drogue par une substance connue et l'on effectue une surveillance continuelle des lieux. À la demande du trafiquant A, B, un autre trafiquant bien connu, emporte les stupéfiants en vue de les mettre en sachets pour la revente dans la rue. Les policiers suivent B jusqu'au lieu de sa destination, une maison inconnue des policiers, où il rencontre les trafiquants A et C, ce dernier étant un autre membre de cette organisation de trafiquants. Quelque temps après l'arrivée des trois trafiquants sur les lieux, les policiers y pénètrent en vertu d'un mandat de main-forte et parviennent à arrêter trois importants trafiquants en possession de stupéfiants. Non seulement le temps joue-t-il un rôle important dans de telles situations, mais les cas de cette nature se produisent souvent très tôt le matin, et à une grande distance du juge de paix dont il faudrait obtenir la délivrance d'un mandat de perquisition.

Cas type n° 6:

Trafic d'héroïne à Edmonton

Trois membres d'une importante organisation de trafic de drogues ont été arrêtés à Edmonton après la saisie de 3 250 capsules d'héroïne, de dix livres de tétracaïne et de plus de 8 000 $. L'enquête a été longue et complexe, et les trafiquants ont été suivis pendant environ deux semaines. L'enquête s'est finalement terminée après qu'on eut vu l'un des trafiquants entrer dans sa chambre d'hôtel avec deux valises qui, croyait-on, renfermaient les drogues. Dès qu'il eut quitté la chambre, les policiers ont eu recours à un mandat de main-forte pour entrer légalement dans la chambre et pour s'assurer que les valises contenaient bien les drogues. Des échantillons ont été prélevés et l'on a maintenu une surveillance continuelle de la chambre. Peu après le retour des deux trafiquants, les policiers ont encore une fois eu recours à un mandat de main-forte pour entrer dans la chambre, effectuer les arrestations et saisir les stupéfiants. S'ils n'avaient pas été en possession de mandats

de main-forte, les policiers n'auraient eu qu'une heure et cinquante minutes pour obtenir un mandat de perquisition et vérifier la présence des drogues avant le retour des trafiquants. Le principal accusé dans ce complot pour trafic de drogues a été condamné à une peine d'emprisonnement de dix ans. Les poursuites ont été suspendues en ce qui concerne les deux autres accusés.

Cas type n° 7:

Trafic d'héroïne à Toronto

Une importante enquête sur des trafiquants d'héroïne a pris fin à Toronto par la saisie de dix livres d'héroïne dans une chambre d'hôtel et d'une autre quantité de quinze livres dans une maison privée. L'enquête a notamment consisté en des négociations entre un agent d'infiltration et un trafiquant, au sujet de l'achat d'héroïne. Les négociations finales ont eu lieu dans la chambre d'hôtel de l'agent; ensuite, ce dernier a quitté la chambre en compagnie du trafiquant pour aller chercher l'héroïne à un endroit inconnu. La police les a suivis jusqu'à la chambre louée par le trafiquant dans un autre hôtel et l'on a utilisé un mandat de main-forte en vue de pouvoir prendre des mesures immédiates pour protéger l'agent d'infiltration et saisir la drogue. En poursuivant l'enquête, on apprend où est situé le reste de l'héroïne et l'on utilise encore une fois un mandat de main-forte pour fouiller la maison d'habitation où elle se trouve, étant donné l'urgence de la situation et parce qu'il est impossible, à cette heure matinale, de rencontrer un juge de paix pour obtenir la délivrance d'un mandat de perquisition. Cette enquête a permis la condamnation à l'emprisonnement à vie d'un trafiquant d'héroïne de réputation internationale.

Même sans faire une étude approfondie de ces cas types, on peut voir facilement que le mandat de main-forte ne constitue pas un pouvoir de dernier ressort. Inexplicablement, les défenseurs du mandat de main-forte ne semblent pas comprendre que le paragraphe 450(1) du *Code criminel* permet d'entrer dans des lieux privés pour y effectuer une arrestation sans mandat[93]. La Commission fera des commentaires plus poussés sur la pertinence de ce pouvoir accessoire d'entrée lorsqu'elle aura terminé ses travaux sur les pouvoirs d'arrestation des policiers. Mais pour l'instant, il faut bien comprendre que le pouvoir d'arrestation sans mandat, assorti du pouvoir d'entrer dans des lieux et de fouiller des personnes au moment de leur arrestation, aurait suffi à autoriser toutes les perquisitions décrites dans les cas types cités ci-dessus, sauf une.

Ainsi, par exemple, les policiers, dans le cas type n° 1, auraient pu entrer dans les lieux (un garni, selon toute apparence) où le

messager, les financiers et les distributeurs étaient en train d'effectuer leur transaction. Les policiers auraient pu arrêter toutes ces personnes sur-le-champ[94] et, comme la loi le leur permet, les fouiller[95] et fouiller aussi les lieux sous leur pouvoir[96]. Et tout cela, sans qu'il soit besoin de recourir à un mandat d'arrestation, un mandat de perquisition ou encore un mandat de main-forte. En plus, les policiers n'auraient pas eu besoin, avant d'entrer dans les lieux, de préciser le but de leur présence et de demander la permission d'entrer, car ces formalités prévues par le common law n'ont pas à être respectées si, ce faisant, on risque la destruction ou la disparition des objets illégaux[97].

Après être entrés dans les lieux, avoir arrêté les suspects, les avoir fouillés ainsi que les lieux sous leur pouvoir, et ce, sans l'autorisation d'un mandat, les policiers auraient pu disposer de motifs raisonnables d'effectuer une fouille plus complète des lieux. Dans ce cas, les lieux étant protégés par suite de l'arrestation des occupants, rien n'empêcherait l'obtention d'un mandat de perquisition pour autoriser la fouille du reste des lieux.

Avec des modifications mineures, les pouvoirs d'arrestation sans mandat conférés par le paragraphe 450(1) du *Code criminel*, assortis des pouvoirs accessoires d'entrée et de fouille, auraient été suffisants pour autoriser toutes les fouilles de lieux d'habitation décrites dans les cas types cités, sauf une. Cette exception, qui se retrouve dans le cas type n° 6, c'est l'entrée clandestine[98].

Le lecteur se rappellera que dans le cas type n° 6, on avait vu un trafiquant entrer dans sa chambre d'hôtel avec deux valises dans lesquelles la police croyait que des drogues pouvaient se trouver. Pendant la période d'une heure et cinquante minutes au cours de laquelle le trafiquant avait quitté sa chambre, les policiers y sont entrés, manifestement en vertu d'un mandat de main-forte, afin de vérifier leurs soupçons au sujet du contenu des valises. Après avoir vérifié la justesse de leurs soupçons, les policiers ont surveillé la chambre d'hôtel jusqu'au retour des trafiquants; ils sont alors entrés de nouveau dans la chambre en recourant à un mandat de main-forte, ont arrêté les suspects et saisi la drogue.

Bien sûr, on peut admettre qu'il aurait été difficile pour les policiers d'obtenir un mandat de perquisition en vue de la première de leurs entrées pendant la période d'une heure et cinquante minutes dont ils disposaient[99]. Et surtout, on peut avoir de très sérieux doutes

sur la possibilité d'obtenir un mandat de perquisition en vue d'autoriser l'entrée clandestine décrite dans le cas type n° 6. Le but de cette entrée, on s'en souviendra, était de vérifier le bien-fondé des soupçons des enquêteurs à propos de la présence de drogues sur les lieux. De simples soupçons ne peuvent constituer la croyance raisonnable requise pour l'obtention d'un mandat de perquisition. Il n'existe tout simplement aucun texte de loi ni aucune règle de common law pouvant autoriser de telles entrées ou recherches, qu'elles soient clandestines ou non, si elles sont effectuées en vue de vérifier le bien-fondé des doutes d'un enquêteur, ou pour transformer un simple soupçon en une croyance raisonnable[100].

Allons un peu plus loin, et supposons que la police, dans l'exemple cité, avait des motifs raisonnables et suffisants de croire que des drogues se trouvaient sur les lieux; en d'autres termes, posons l'hypothèse qu'ils auraient pu obtenir un mandat en vertu de la loi. Ils ne cherchaient plus tout simplement à confirmer leurs soupçons, ils tenaient à entrer dans les lieux d'une façon clandestine pour éviter d'inquiéter les suspects et de risquer ainsi de compromettre l'enquête, s'il n'y avait pas de drogue sur les lieux.

La Commission est disposée à reconnaître que, sous réserve de l'existence de motifs raisonnables de croire à la présence de stupéfiants ou de drogues sur les lieux, la *Loi sur les stupéfiants* et la *Loi des aliments et drogues* autorisent toutes deux une entrée clandestine en vertu d'un mandat de perquisition ou d'un mandat de main-forte[101]. La Commission fait toutefois remarquer que lorsque les lieux sont inoccupés, il n'y a aucun risque de destruction ou d'enlèvement des substances illégales. Manifestement, ce risque ne peut exister que lorsque les suspects se trouvent sur les lieux *et* qu'ils sont en possession des substances interdites. Pour quelle raison, alors, serait-il nécessaire de recourir à un mandat de main-forte? Si les suspects *et* les substances interdites se trouvent sur les lieux, les policiers peuvent y entrer, y arrêter les suspects et y saisir les objets en cause, sans avoir à recourir à un mandat de main-forte. Si les substances interdites se trouvent sur les lieux mais que les suspects ne s'y trouvent pas, les policiers ont trois solutions à leur disposition : ils peuvent obtenir un mandat de perquisition et saisir les substances interdites; ils peuvent obtenir un mandat de perquisition mais en suspendre l'exécution jusqu'au retour des suspects; ou ils peuvent attendre le retour des suspects et s'appuyer sur le pouvoir que leur confère la loi d'effectuer des arrestations sans mandat, ainsi que sur les pouvoirs accessoires d'entrer et de fouiller des personnes au moment de leur arrestation.

Pour ces raisons, la Commission arrive à la conclusion que les objectifs visés par la *Loi sur les stupéfiants* et la *Loi des aliments et drogues* ne présentent pas de difficultés d'application particulières telles que, sans l'existence du mandat de main-forte, il serait impossible d'atteindre ces objectifs. Pour répondre à la question posée précédemment, nous refusons d'admettre que certaines circonstances échappent à la règle voulant que les perquisitions doivent être autorisées par un mandat, et ne sont pas visées non plus par les exceptions à cette règle, soit les cas de nécessité reconnue et de consentement donné en connaissance de cause.

7. Conclusion et recommandations

La Commission a expliqué dans le présent rapport que le mandat de main-forte permet de se livrer à des fouilles, perquisitions et saisies anticonstitutionnelles, qu'il est une insulte aux traditions du common law et qu'il est inutile. Pour toutes ces raisons, donc,

Nous recommandons l'abolition immédiate du mandat de main-forte, par des modifications à la *Loi sur les stupéfiants*, la *Loi des aliments et drogues*, la *Loi sur les douanes* et la *Loi sur l'accise*.

Nous recommandons en outre que tous les mandats de main-forte présentement en vigueur soient immédiatement soumis à l'Administrateur de la Cour fédérale du Canada en vue de leur annulation immédiate.

Nous recommandons en outre la modification du paragraphe 134(1) de la *Loi sur les douanes* afin de permettre la délivrance de mandats de perquisition pouvant être exécutés de jour ou, sur présentation de motifs raisonnables, de nuit; nous recommandons également l'abrogation du paragraphe 134(3) de la *Loi sur les douanes*, de façon à abolir le pouvoir des préposés de pénétrer dans une maison sans mandat lorsqu'aucun juge de paix ne peut être trouvé dans un rayon de cinq milles des lieux où doit avoir lieu la perquisition[102].

ANNEXE:

Exemples

de mandats de main-forte

1. *Loi sur les stupéfiants* 53

2. *Loi des aliments et drogues* 54

3. *Loi sur les douanes* 55

4. *Loi sur l'accise* 56

In the Federal Court of Canada

T-665-76 (14)

Trial Division

Elizabeth 11, *by the Grace of God of the United Kingdom, Canada and Her Other Realms and Territories Queen, Head of the Commonwealth, Defender of the Faith*

To . X .....
A member of the Royal Canadian Mounted Police

GREETING:

You are hereby authorized and empowered, pursuant to subsection (3) of Section 10 of the *NARCOTIC CONTROL ACT*, aided and assisted by such person as you may require, at any time, to enter any dwelling house and search for narcotics.

Issued under the authority of a Judge of our Federal Court of Canada, at Ottawa, this 23rd day of February in the year of our Lord one thousand nine hundred and seventy-six and in the 25th year of our Reign.

Cour Fédérale du Canada

Division de Première Instance

Elisabeth 11, *par la grâce de Dieu, Reine du Royaume-Uni, du Canada et de ses autres royaumes et territoires, Chef du Commonwealth, Défenseur de la Foi*

A ..... X .....
Un membre de la Gendarmerie Royale du Canada

SALUT:

Vous êtes autorisé et habilité par les présentes, conformément au paragraphe (3) de l'article 10 de la LOI SUR LES STUPEFIANTS, aidé et assisté de tel individu que vous pouvez requérir, à entrer à toute heure dans une maison d'habitation quelconque pour y découvrir des stupéfiants.

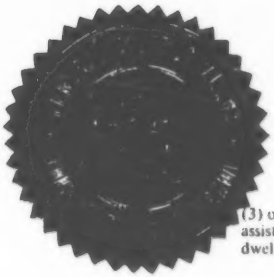
Délivré en vertu de l'autorité d'un juge de notre Cour fédérale du Canada, à Ottawa, ce 23 ~~ème~~ jour de février en l'an de grâce mil neuf cent soixante-seize , dans la 25e année de notre Règne.

..... Marcel A.J. Dompierre (Signed) .....
Registry Officer — Fonctionnaire du Greffe

In the Federal Court of Canada

Trial Division

Elizabeth 11, *by the Grace of God of the United Kingdom, Canada and Her Other Realms and Territories Queen, Head of the Commonwealth, Defender of the Faith* T-3-76(35)



To ..... X .....

A member of the Royal Canadian Mounted Police

GREETING

You are hereby authorized and empowered, pursuant to subsection (3) of section 37 and section 45 of the FOOD AND DRUGS ACT, aided and assisted by such person as you may require, at any time, to enter any dwelling house and search for controlled drugs and restricted drugs.

Issued under the authority of a Judge of our Federal Court of Canada, at Ottawa, this 8th day of January in the year of our Lord one thousand nine hundred and seventy-six and in the 24th year of our Reign.

Cour fédérale du Canada

Division de Première Instance

Elisabeth 11, *par la grâce de Dieu, Reine du Royaume-Uni, du Canada et de ses autres royaumes et territoires, Chef du Commonwealth, Défenseur de la Foi*

A ..... X .....

Un membre de la Gendarmerie Royale du Canada

SALUT

Vous êtes autorisé et habilité par les présentes conformément au paragraphe (3) de l'article 37 et à l'article 45 de la LOI DES ALIMENTS ET DROGUES, aidé et assisté de tel individu que vous pouvez requérir, à entrer à toute heure dans une maison d'habitation quelconque pour y découvrir des drogues contrôlées ou des drogues d'usage restreint.

Délivré en vertu de l'autorité d'un juge de notre Cour fédérale du Canada, à Ottawa, ce 8ieme jour de janvier en l'an de grâce mil neuf cent soixante-seize, dans la 24e année de notre Règne.

.....

Registry Officer — Fonctionnaire du Greffe

Court No. T-1306-73 (2)
NO. DE LA COUR

IN THE FEDERAL COURT OF CANADA

TRIAL DIVISION

ELIZABETH II, the by Grace of God of the United Kingdom, Canada and Her Other Realms and Territories Queen, Head of the Commonwealth, Defender of the Faith.

To X , a Customs officer;

GREETING:

You are hereby authorized, pursuant to section 145 of the Customs Act, to enter, at any time in the day or night, into any building or other place within the jurisdiction of this Court, to search for and seize and secure any goods which you have reasonable grounds to believe are liable to forfeiture under the Customs Act, and, in case of necessity, to break open any doors and any chests or other packages for that purpose.

Witness a Judge of our Federal Court of Canada, at Ottawa, this 6th day of April in the year of our Lord one thousand nine hundred and seventy-three and in the twenty-second year of our Reign.

DIVISION DE PREMIÈRE INSTANCE DE LA COUR FÉDÉRALE DU CANADA

ÉLISABETH DEUX, par la Grâce de Dieu, Reine du Royaume-Uni, du Canada et de ses autres royaumes et territoires, Chef du Commonwealth, Défenseur de la Foi.

À X , fonctionnaire des douanes.

SALUT:

Vous êtes autorisé par les présentes, en vertu de l'article 145 de la Loi sur les Douanes, d'entrer en n'importe quel temps de jour ou de nuit, dans tout bâtiment ou autre lieu, qui relève de la juridiction de cette Cour, pour y chercher, saisir, et mettre en sûreté tous effets que vous avez des motifs raisonnables de supposer possibles de confiscation en vertu de la Loi sur les Douanes, et en cas de nécessité, vous pouvez, dans ce but, enfoncer les portes et briser les coffres et autres colis.

Témoin, un Juge de la Cour Fédérale du Canada, à Ottawa, ce 6ième jour d'avril en l'an de grâce mil neuf cent soixante-treize et la vingt-deuxième année de notre Règne.

(S) (SGD) T.J.L. Howard

Registry Officer
Fonctionnaire du greffe

available whenever circumstances of time or distance make it impracticable to insist upon the applicant making a personal appearance before a justice.[10]

Similarly, since we are confident that the telewarrant would entail no diminution in the prevailing standards of judiciality and particularity, we see no reason for reserving responsibility for their issuance to any higher judicial officer than the justice of the peace. We appreciate that, in some provinces, responsibility for issuing search warrants is exercised by provincial court judges. Under the scheme here being proposed, the designation of the order of judicial officer responsible for search warrant issuance would similarly accommodate the situation in each province.

Although we recommend no special constraints upon when and by whom telewarrants might be issued, the proposed subsection 443.1(1) would permit only peace officers to apply for search warrants by telephone or other means of telecommunication. By contrast, both private individuals and peace officers may apply for and execute search warrants issued pursuant to section 443 of the *Criminal Code*. In our Working Paper 30, *Police Powers: Search and Seizure in Criminal Law Enforcement*, we recommended that private individuals continue to be entitled to apply for search warrants, but that responsibility for their execution be reserved exclusively to peace officers. For telewarrants, however, we would go one step further and insist upon the applicant and executor being in all cases a peace officer. We impose this limitation principally because it is the peace officer's access to a justice of the peace which the telewarrant procedures are designed to facilitate. Additional reasons for this limitation will become apparent as this proposal is further elaborated, reasons having primarily to do with ensuring the integrity of the telewarrant issuance procedures.

> **(2) An information submitted by telephone or other means of telecommunication shall be on oath and shall be recorded verbatim by the justice, who shall as soon as practicable thereafter cause to be filed with the clerk of the court for the territorial division in which the warrant is intended for execution a transcription of that record, certified by him as to time, date and contents.**

This provision requires that a sworn information be tendered in support of an application for a search warrant by telephone or other

means of telecommunication. As well, this provision makes the justice solely responsible for maintaining a verbatim record of the application and obliges him to file a certified transcription of that record.

In the majority of cases, we would expect that the application for a telewarrant would be recorded electronically. However, a stenographic or longhand verbatim record would also be permissible. What is important is not the means by which the record is made; rather, what is important is that the record be verbatim, that it be made by the justice, and that, as soon as practicable thereafter, it be transcribed, certified by the justice and filed.

We have stipulated in subsection 443.1(2) that a certified transcription of the record of the application is to be filed with the clerk of the court for the territorial division in which the warrant is intended for execution. Alternatively, we could have stipulated that the transcription be filed with the clerk of the court for the territorial division in which the warrant was issued. However, as our proposal for telewarrants is elaborated, it will become evident that we are anxious to ensure that persons whose premises are searched have all lawful access to the information on oath, to the warrant (or its facsimile), and to the report filed by the peace officer upon execution of the warrant. To facilitate that access, we have designated the territorial division in which the warrant is executed as the appropriate location for maintaining the necessary records. As well, the territorial division of execution is both the most likely locale for whatever prosecution might be connected with the investigation and the most convenient place for the peace officer to file his report after execution of the warrant.

(3) For purposes of subsection (2), an oath may be administered by telephone or other means of telecommunication.

The proposed subsection 443.1(3) merely makes explicit provision for the administration of oaths by telephone or other means of telecommunication. The provision is, by its terms, limited to facilitating the swearing of the information submitted in support of an application for a telewarrant.

(4) An information on oath submitted by telephone or other means of telecommunication shall include

available whenever circumstances of time or distance make it impracticable to insist upon the applicant making a personal appearance before a justice.[10]

Similarly, since we are confident that the telewarrant would entail no diminution in the prevailing standards of judiciality and particularity, we see no reason for reserving responsibility for their issuance to any higher judicial officer than the justice of the peace. We appreciate that, in some provinces, responsibility for issuing search warrants is exercised by provincial court judges. Under the scheme here being proposed, the designation of the order of judicial officer responsible for search warrant issuance would similarly accommodate the situation in each province.

Although we recommend no special constraints upon when and by whom telewarrants might be issued, the proposed subsection 443.1(1) would permit only peace officers to apply for search warrants by telephone or other means of telecommunication. By contrast, both private individuals and peace officers may apply for and execute search warrants issued pursuant to section 443 of the *Criminal Code*. In our Working Paper 30, *Police Powers: Search and Seizure in Criminal Law Enforcement*, we recommended that private individuals continue to be entitled to apply for search warrants, but that responsibility for their execution be reserved exclusively to peace officers. For telewarrants, however, we would go one step further and insist upon the applicant and executor being in all cases a peace officer. We impose this limitation principally because it is the peace officer's access to a justice of the peace which the telewarrant procedures are designed to facilitate. Additional reasons for this limitation will become apparent as this proposal is further elaborated, reasons having primarily to do with ensuring the integrity of the telewarrant issuance procedures.

> **(2) An information submitted by telephone or other means of telecommunication shall be on oath and shall be recorded verbatim by the justice, who shall as soon as practicable thereafter cause to be filed with the clerk of the court for the territorial division in which the warrant is intended for execution a transcription of that record, certified by him as to time, date and contents.**

This provision requires that a sworn information be tendered in support of an application for a search warrant by telephone or other

means of telecommunication. As well, this provision makes the justice solely responsible for maintaining a verbatim record of the application and obliges him to file a certified transcription of that record.

In the majority of cases, we would expect that the application for a telewarrant would be recorded electronically. However, a stenographic or longhand verbatim record would also be permissible. What is important is not the means by which the record is made; rather, what is important is that the record be verbatim, that it be made by the justice, and that, as soon as practicable thereafter, it be transcribed, certified by the justice and filed.

We have stipulated in subsection 443.1(2) that a certified transcription of the record of the application is to be filed with the clerk of the court for the territorial division in which the warrant is intended for execution. Alternatively, we could have stipulated that the transcription be filed with the clerk of the court for the territorial division in which the warrant was issued. However, as our proposal for telewarrants is elaborated, it will become evident that we are anxious to ensure that persons whose premises are searched have all lawful access to the information on oath, to the warrant (or its facsimile), and to the report filed by the peace officer upon execution of the warrant. To facilitate that access, we have designated the territorial division in which the warrant is executed as the appropriate location for maintaining the necessary records. As well, the territorial division of execution is both the most likely locale for whatever prosecution might be connected with the investigation and the most convenient place for the peace officer to file his report after execution of the warrant.

(3) For purposes of subsection (2), an oath may be administered by telephone or other means of telecommunication.

The proposed subsection 443.1(3) merely makes explicit provision for the administration of oaths by telephone or other means of telecommunication. The provision is, by its terms, limited to facilitating the swearing of the information submitted in support of an application for a telewarrant.

(4) An information on oath submitted by telephone or other means of telecommunication shall include

(*a*) a statement of the circumstances that make it impracticable for the peace officer to appear personally before the justice;

(*b*) a statement of the offence alleged, the premises to be searched and the items asserted as being liable to seizure; and

(*c*) a statement, within the terms of paragraphs 443(1)(*a*), (*b*) or (*c*), of the peace officer's grounds for belief that items liable to seizure in respect of the offence alleged will be found in the premises to be searched.

In seeking to have a search warrant issued by telephone or other means of telecommunication, a peace officer is essentially seeking a dispensation from the usual requirements that he attend personally before the justice and submit a written information on oath. The proposed paragraph 443.1(4)(*a*) thus obliges the applicant peace officer to establish to the justice's satisfaction that a personal appearance would be impracticable in the circumstances and, accordingly, that it would be reasonable to dispense with that requirement. Since granting or refusing this dispensation entails an exercise of judicial discretion, the facts and circumstances on which that discretion is exercised ought to form a part of the record.

The proposed paragraph 443.1(4)(*b*) also builds into the telewarrant procedures a requirement not found in the present section 443 of the *Criminal Code*. Essentially, this paragraph is designed to separate the substantive elements of the information (i.e., the specification of the offence alleged, the premises to be searched and the items sought to be seized) from the probative elements (i.e., the specification of the grounds for believing that an offence has been committed, and that items liable to seizure in respect of that offence are to be found upon the premises to be searched). We believe it is particularly important that these elements be separated within the information submitted for a telewarrant because we recognize that an information on oath presented orally can entail a greater potential for confusion than one presented in writing.

The proposed paragraph 443.1(4)(*c*) is intended merely to ensure that in all other respects an information submitted in support of an application for a telewarrant conforms to the same probative and temporal criteria as are stipulated by section 443 for the issuance of conventional search warrants.

(5) A justice who is satisfied that an information on oath submitted by telephone or other means of telecommunication

(*a*) conforms to the requirements of subsection 443.1(4),

(*b*) discloses reasonable grounds for dispensing with an information presented personally and in writing, and

(*c*) discloses reasonable grounds for the issuance of a search warrant,

may issue a warrant to a peace officer conferring the same authority to search and seize as may be conferred by a warrant issued pursuant to subsection 443(1).

Before considering whether the grounds for issuing a telecommunicated search warrant have been sufficiently made out, the justice is obliged by subsection 443.1 (5) to satisfy himself on two preliminary matters. First, does the information submitted include the statements required by subsection 443.1 (4) as to the circumstances which make a personal appearance impracticable, the offence alleged, the premises to be searched and the items to be seized, and the peace officer's grounds for belief that items liable to seizure in respect of the offence alleged will be found in the premises to be searched? Second, does the information disclose reasonable grounds for dispensing with the usual requirements of an application presented personally and in writing?

If the justice is satisfied on these preliminary matters, he would then proceed to consider whether the information submitted disclosed reasonable grounds for the issuance of a search warrant. Such warrant as might then be granted would be issued subject to the provisions of subsection 443(1) as to the powers of search and seizure conferred.

(6) Where a justice issues a warrant under subsection 443.1(5),

(*a*) the justice shall complete and sign the warrant in Form 5.1, noting upon its face the time, date and place of issuance;

(*b*) the peace officer, upon the direction of the justice, shall complete, in duplicate, a facsimile of the warrant in Form 5.1, noting upon its face the name of the issuing justice and the time, date and place of issuance;

(*c*) the justice shall direct the peace officer to record, and the peace officer shall record and complete upon the face of the facsimile warrant, the following endorsement:

***To the Occupant*: This search warrant was issued by telephone or other means of telecommunication. If you wish to know the basis upon which this warrant was issued, you may obtain a copy of the "information upon oath" from the clerk of the court for the territorial division in which the warrant was executed, at [*address*].**

You may also obtain from the clerk of the court a copy of the report filed by the peace officer who executed this warrant. That report will indicate what things, if any, were seized and where they are presently being held.

(*d*) the justice shall thereupon cause the warrant to be filed with the clerk of the court for the territorial division in which the warrant is intended for execution.

Subsection 443.1(6) elaborates the procedures attendant upon the issuance of a search warrant by telephone or other means of telecommunication. By paragraph 443.1(6)(*a*), the justice is made responsible for the completion and signature of the original warrant document. We appreciate that, as a matter of convenience, conventional search warrants are commonly prepared by, or on behalf of, the applicant peace officer. However, the issuance of conventional warrants presents no risk of disparity between the warrant as issued and the warrant as executed. To counter that risk in the issuance of telewarrants, we require that the justice assume sole responsibility for completing the original warrant document.

As well, paragraph 443.1(6)(*a*) specifies that such warrant as may issue *shall* be in Form 5.1. This represents a departure from the terms of subsection 443(3) of the *Criminal Code*, which provides that a conventional warrant "*may* be in Form 5". We recommend the mandatory use of the proposed Form 5.1 because we believe it imperative to avoid the formal problems which surfaced in our five-city survey of search warrant practices. In aggregate, some 25 per cent of the search warrants evaluated by our panel of superior and appellate court judges were pronounced fatally defective on formal grounds alone. For the most part, these fatal defects were occasioned by the inadequacies of local innovations upon the *Criminal Code*'s Form 5, both for warrants issued pursuant to section 443 and for warrants issued pursuant to such statutes as the *Narcotic*

Control Act and the *Food and Drugs Act*, which make no provision whatever for a model form of warrant.

Paragraph 443.1(6)(*b*) similarly requires the facsimile warrant, prepared by the peace officer upon the direction of the justice, to be in Form 5.1. Ordinarily, we expect that both applicant and issuer will prepare the warrant and facsimiles by completing a pre-printed version of the proposed Form 5.1. There may of course be occasions when, for want of the requisite forms at hand, either the justice or the peace officer may be put to the inconvenience of a longhand transcription of the whole of the warrant or its facsimiles. This occasional inconvenience is, we believe, far outweighed by the benefits to the formal validity of telewarrant issuance which are entailed in the mandatory use of the proposed Form 5.1.

Paragraphs (*a*) and (*b*) of the proposed subsection 443.1(6) also require that both the warrant and its facsimiles carry a notation of the time, date and place of issuance. These notations are intended as a further protection against disparities between the warrant which is issued and the facsimile warrant which is executed.

The endorsement required by paragraph 443.1(6)(*c*) anticipates the provisions made in subsections 443.1(7) and (8) for a copy of the facsimile warrant to be left with the person whose premises are searched or, in the case of unoccupied premises, to be left suitably affixed within the premises. Our reasons for requiring that a copy of the facsimile warrant be left upon the premises searched will be elaborated in the commentary to those subsections. There are, however, several very practical reasons for our recommendation that the facsimile warrant carry an endorsement in the terms proposed.

First, there is obvious merit in apprising the occupier that the document with which he is presented (or which is left upon his premises) represents an exact copy of a judicially-authorized search warrant issued by telephone or other means of telecommunication. The first sentence of the endorsement is thus directed to apprising the occupier of that fact and to allaying whatever doubts may be occasioned by the notation of the issuing justice's name in lieu of the usual signature.

Second, as was indicated earlier, we are anxious to assist the occupier in obtaining all lawful access to the information on oath, to the warrant (or its facsimile), and to the report filed by the peace

officer after execution of the warrant. In practical terms, that access is dependant upon the occupier being able to ascertain precisely where the necessary records are being maintained. According to subsection 443.1(2) of our proposed telewarrant scheme, a certified transcription of the application is to be filed with the clerk of the court for the territorial division in which the warrant is intended for execution. The second sentence of the endorsement proposed in paragraph 443.1(6)(*c*) thus merely refers the occupier to the particular address from which he may obtain a copy of the information submitted in support of the application for a telewarrant.

Third, the endorsement required by paragraph 443.1(6)(*c*) also anticipates the provision made in subsection 443.1(9) for a report to be filed by the peace officer who executes the warrant. The second paragraph of the endorsement (443.1(9)(*b*)) thus advises the occupier that he may ascertain what things, if any, were seized and their whereabouts by obtaining a copy of the peace officer's post-execution report.

Paragraph (*d*) of the proposed subsection 443.1(6) makes the same provision for filing the original of the warrant as was earlier made by subsection 443.1(2) for filing the transcription of the information on oath. Clearly, whether provision is made for the maintenance of the necessary records in the territorial division of issuance or the territorial division of execution, it is important that the same jurisdiction be designated for all such purposes.

> **(7) A peace officer who executes a search warrant issued by telephone or other means of telecommunication shall, before entry or as soon as practicable thereafter, give a facsimile of the warrant to any person present and ostensibly in control of the premises.**

At present, the peace officer executing a search warrant is under a minimal duty to provide information to the occupant about the intrusion upon his premises. All he must do is show the person concerned the warrant when required by subsection 29(1) of the *Criminal Code*:

> It is the duty of every one who executes a process or warrant to have it with him, where it is feasible to do so, and to produce it when requested to do so.

While subsection 29(1) goes some distance toward assuring persons against whom a warrant is executed that the search is authorized, it stops rather short in two respects. First, the

requirement that the warrant be produced is conditional upon the feasibility of the executor having the warrant with him. Second, subsection 29(1) does not require that the warrant be produced at the commencement of the search, which is presumably when an assurance of legality would be most worthwhile. Nor, incidentally, has Canadian case-law developed any clear requirement that the warrant be produced at the outset of a search or as soon as practicable thereafter.

In our Working Paper 30 entitled *Police Powers: Search and Seizure in Criminal Law Enforcement*, we recommended that such a requirement attach to the execution of conventional search warrants, principally because we believe that presenting a copy of the warrant — before the search commences or as soon as practicable thereafter — provides the occupier with the best assurance that the intrusion has been judicially-authorized. As well, of course, providing the occupier with a copy of the warrant apprises him as to precisely what premises are liable to be searched and what things are liable to be seized.

These same assurances as to the lawfulness of the search and the scope of the intrusion thereby authorized are perhaps even more imperative for telewarrants than for conventional warrants, not least because of the novelty of the procedure and the absence of the original warrant. Hence our recommendation that a person present and ostensibly in control of the premises be provided, at the earliest practicable opportunity, with a facsimile of the warrant.

> **(8) A peace officer who executes upon unoccupied premises a search warrant issued by telephone or other means of telecommunication shall, upon entry or as soon as practicable thereafter, cause a facsimile of the warrant to be suitably affixed in a prominent place within the premises.**

Subsection 443.1(8) imposes upon a peace officer who executes a telewarrant upon unoccupied premises an obligation similar to that imposed by subsection 443.1(7) in relation to occupied premises. Persons whose premises are entered and searched in their absence are, we believe, entitled to be apprised of that fact and, as well, to be apprised of the process by which that intrusion was authorized. Whether the premises be occupied or unoccupied, we believe that a facsimile of the warrant provides the best assurance of the lawfulness of the intrusion; and that the facsimile warrant's proposed

endorsement provides the best assurance that the occupier will be able to ascertain why his premises were searched, what, if anything, was removed, and where it is being held in custody.

> **(9) A peace officer to whom a search warrant is issued by telephone or other means of telecommunication shall within three days of issuance file a written report with the clerk of the court for the territorial division in which the warrant was intended for execution, which report shall include**
>
> > **(*a*) a statement of the time and date of execution or, if the warrant was not executed, a statement of the reasons why it was not executed;**
> >
> > **(*b*) a statement of what things, if any, were seized pursuant to the warrant and where they are presently being held;**
> >
> > **(*c*) a statement of what things, if any, were seized in addition to the things mentioned in the warrant and where they are presently being held, together with a statement of the peace officer's grounds for belief that those things had been obtained by, or used in, the commission of an offence.**

Warrants issued pursuant to subsection 443(1) of the *Criminal Code* require that the peace officer "carry [whatever may be seized] before the justice who issued the warrant or some other justice for the same territorial division to be dealt with by him according to law". As the prefix "tele" implies, it would frequently be quite impracticable to insist upon literal compliance with this requirement in the case of seizures made pursuant to a telewarrant. Indeed, it is frequently impracticable to carry before a justice things seized pursuant to a conventional search warrant, e.g., in cases involving the large-scale seizure of documents, or the seizure of livestock or perishables. For present purposes, however, it is enough to observe that obliging a peace officer to file a written report is a more practical means of achieving the same objective, namely, to ensure a measure of accountability to a judicial officer in respect of things seized by judicial authorization. Hence our general rationale for dispensing with the requirement that things seized pursuant to a telewarrant be carried before a justice; and for requiring instead that the peace officer file a written report with the clerk of the court for the territorial division in which the warrant was intended for execution.

However, subsection 443.1(9) does more than propose a more practicable means of reporting upon things seized to a judicial officer.

Perhaps the most significant aspect of subsection 443.1(9) is that it imports a limitation upon the telewarrant's duration, a limitation not presently attached to conventional search warrants. As we conceive it, the telewarrant is designed for situations in which the need for the authority of a warrant is sufficiently immediate as to make it impracticable for the peace officer to appear personally before the justice. It does not seem unreasonable, therefore, to insist upon a certain *proximity in time* between the issuance and execution of a telewarrant. Indeed, without that proximity, *there is some risk* that the search will be conducted in circumstances quite different from those appropriate for an application by telephone or other means of telecommunication — or, for that matter, quite different from those which prompted the justice to authorize the search by judicial warrant.

We have fixed three days as the time within which the warrant is to be executed and the report filed. This would seem a reasonable amount of time, particularly given the results of our five-city survey of search warrant practices: 82.5 per cent of all conventional warrants were executed within two days of issuance; further, 97.1 per cent of the conventional warrants on which an expiry date was specified were executed within only one day. From these data, we have concluded first, that the specification of a date certain for execution substantially reduces the time between issuance and execution; and second, that a three-day period for executing the warrant and filing the report is a feasible limitation upon the telewarrant's duration.

By paragraph (*a*) of the proposed subsection 443.1 (9), the report filed is to include a statement of the time and date of execution or, if the warrant was not executed, a statement of the reasons why it was not executed. It is presently a common police practice to endorse the time and date of execution upon the warrant, so nothing further needs perhaps to be said of the first part of paragraph 443.1 (9) (*a*). Not so common, however, is the practice of reporting upon warrants which, for one reason or another, were not executed. We believe that both practices, neither of which is presently required in relation to conventional warrants, should be made mandatory for telewarrants. Paragraph 443.1 (9) (*a*) thus ensures that the material circumstances attending the execution (or attempted execution) of a telewarrant are, by virtue of their possible relevance in any subsequent civil or criminal litigation, made a matter of record and included in the return upon the warrant.

Paragraph 443.1(9)(*b*) merely embodies and formalizes, consistently with the terms of the endorsement proposed by subsection 443.1(6), the statutory and common-law reporting requirements which attach to the execution of search warrants.

Paragraph 443.1(9)(*c*) anticipates Recommendation 3 of Part Two of this Report: by an amendment to section 445 of the *Criminal Code*, we would extend to peace officers executing a telewarrant the same powers as are presently available in the execution of a conventional warrant, i.e., to seize things which, though not specified in the warrant, are reasonably believed to have been obtained by, or used in, the commission of an offence. For such cases, however, we have proposed that the post-execution report include a statement of what things were seized in addition to those mentioned in the warrant, together with a statement of the peace officer's grounds for belief that those things were liable to seizure within the terms of section 445 of the *Criminal Code*.

(10) A clerk of the court to whom a written report is made pursuant to subsection (9) shall as soon as practicable thereafter cause the report, together with the information on oath and the warrant to which it pertains, to be brought before a justice to be dealt with in the same manner as if the warrant had been issued by that justice or some other justice for the same territorial division.

By virtue of subsections 443.1(2), (9) and paragraph 443.1(6)(*d*), the information, the warrant and the post-execution report are to be filed with the clerk of the court for the territorial division in which the warrant is intended for execution. The proposed subsection 443.1(10) then requires the clerk of the court to bring the consolidated filings before a justice, so as to ensure that an order is made, within the terms of section 446 of the *Criminal Code*, for the detention or release of things seized.

(11) A search warrant issued by telephone or other means of telecommunication is not subject to challenge by reason only that the circumstances were not such as to make it reasonable to dispense with an information submitted personally and in writing.

The proposed subsection 443.1(11) makes it clear that the justice's acceptance of the peace officer's grounds for belief that the circumstances made it reasonable to dispense with an information tendered personally and in writing — a decision which does not go to

the core question of whether there were reasonable grounds to issue the warrant — is not a ground for subsequent challenge.

> **(12) In any proceeding in which it is material for a court to be satisfied that a search or seizure was authorized by a warrant issued by telephone or other means of telecommunication, the absence of the information on oath, transcribed and certified by the justice as to time, date and contents, or of the original warrant, signed by the justice and carrying upon its face a notation of the time, date and place of issuance, shall be *prima facie* proof that the search or seizure was not authorized by such a warrant.**

As is evident from subsection 443.1(12), we attach considerable importance to the preservation of both the information on oath, duly transcribed and certified, and the original warrant, duly signed and noted. In the event of subsequent civil or criminal litigation, the absence of either the requisite record of the application or the original warrant would constitute *prima facie* proof that the search or seizure was not authorized by warrant.

One could of course conceive of more stringent consequences, such as, for example, the exclusion of any evidence obtained pursuant to a telewarrant issued or executed in breach, material or otherwise, of the provisions of section 443.1. In a similar vein, one could attach exclusionary consequences or, for that matter, the evidentiary consequences of our proposed subsection 443.1(12), to the peace officer's failure to make a return upon the warrant as prescribed by subsection 443.1(9) or to the clerk's failure to present the consolidated filings to a justice as prescribed by subsection 443.1(10).

Instead, however, we have recommended a quite modest sanction and we have, moreover, limited its application to the failure to produce, in prescribed form, either or both of the two most vital components of judicially-authorized search and seizure — the information submitted and the warrant issued.

Our reasons for insisting that the information and warrant be available for presentation in evidence are essentially two. First, as has already been indicated in Part One of this Report, we believe it to be of the essence of constitutionality that the grounds for the exercise of police powers of search and seizure be determined to be reasonable by a judicial officer, adjudicating before the event and

upon particularly sworn information. Hence our explicit preference for search with warrant as the rule and search without warrant as the exception, an exception to be confined to circumstances of recognized exigency and informed consent. Given that preference, it is self-evident that we would treat the failure to produce the original warrant, or the failure to produce the certified transcription of the information on which it was ostensibly granted, as *prima facie* proof that the search was not authorized by a warrant issued pursuant to section 443.1.

Second, our five-city search-warrant survey too frequently demonstrated record-keeping practices so indifferent as to defy the tracing and collation of particular informations and warrants. To be sure, our survey preceded the enactment of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Doubtless, the consequences which the *Charter* carries for unreasonable search or seizure have already prompted some improvements in the justices' record-keeping practices. It must be noted, however, that the shortcomings we observed were in relation to conventional search warrants, warrants applied for, and issued within, the same territorial division. Manifestly, a system which permits search warrants to be issued in one territorial division and executed in another, and which insists upon a consolidated filing of informations, warrants and reports in the territorial division of execution, can be expected to make much more substantial demands upon justices and clerks for the proper maintenance of the necessary records.

Our proposed subsection 443.1(12) thus puts a considerable premium upon the maintenance and preservation of informations and warrants. To tender any less stringent recommendation would, we believe, substantially compromise the integrity of the procedures we have proposed for the issuance and execution of telewarrants. In the absence of either the original warrant, duly signed and noted, or the information upon which it was granted, duly transcribed and certified, there can be little assurance that search and seizure by telewarrant could be effectively challenged or meaningfully reviewed.

RECOMMENDATION

3. Part XIII of the *Criminal Code* of Canada should be amended by substituting the words "sections 443 or 443.1" for the words "section 443" wherever the latter words appear in sections 444, 445, 446 and 447.

The amendments proposed by Recommendation 3 simply ensure that search warrants issued by telephone or other means of telecommunication are in all other respects congruent with conventional search warrants. Thus, the amendment proposed for section 444 ensures that a search warrant issued pursuant to either section 443 or section 443.1 will be available for execution only by day "unless the justice, by the warrant, authorizes execution of it by night".

Similarly, the amendments proposed for section 445 and section 447 merely extend to peace officers executing a telewarrant the same powers as are presently available in the execution of a conventional warrant, i.e., to seize things which, though not specified in the warrant, are reasonably believed to have been obtained by, or used in, the commission of an offence; and to seize any explosive substance suspected of being intended for an unlawful purpose.

The amendment proposed for section 446 makes applicable to things seized under a telewarrant the same detention, preservation, production and disposition provisions as apply to things seized under a section 443 warrant or pursuant to the powers conferred by section 445.

RECOMMENDATION

4. Part XXV of the *Criminal Code* of Canada should be amended by including the following as Form 5.1.

(See next page)

FORM 5.1

WARRANT TO SEARCH (Section 443.1)

Canada,
Province of [*specify province*]
[*territorial division in which the warrant is issued*].

To A.B. and other peace officers in the [*territorial division in which the warrant is intended for execution*]:

Whereas it appears on the oath of A.B., a peace officer in the [*territorial division in which the warrant is intended for execution*] that there are reasonable grounds for dispensing with an information presented personally and in writing; and that there are reasonable grounds for believing that the following things

[*describe things to be searched for*]

relevant to the investigation of the following offence

[*describe offence in respect of which search is to be made*]

are to be found on the following premises

[*describe premises to be searched*]:

This is, therefore, to authorize and require you within three days of this warrant's issuance to enter the said premises between the hours of [*as the justice may direct*] and to search for and seize the said things and to report thereon to the clerk of the court for the [*territorial division in which the warrant is intended for execution*].

Issued at [*time*] on the [*day*] of [*month*] A.D. [*year*] at [*place*].

.....

A Justice of the Peace/
A Judge of the Provincial Court
in and for the Province of
[*specify province*].

***To the Occupant*: This search warrant was issued by telephone or other means of telecommunication. If you wish to know the basis upon which this warrant was issued, you may obtain a copy of the "information upon oath" from the clerk of the court for the territorial division in which the warrant was executed, at [*address*].**

You may also obtain from the clerk of the court a copy of the report filed by the peace officer who executed this warrant. That report will indicate what things, if any, were seized and where they are presently being held.

Endnotes

1. ARIZONA: Ariz. Rev. Stat. Ann., ss. 13-3914(C), - 3915(C), (1978); CALIFORNIA: Cal. Pen. Code, ss. 1526(b), 1528(b), (West Supp. 1974); MONTANA: Mont. Code Ann., s. 46-5-202, (1979); NEW YORK: N.Y. Crim. Proc. Law, ss. 690.35-690.36 (McKinney 1982); NEW SOUTH WALES: *Poisons Act*, N.S.W. Stat., No. 88, s. 43A (1981).

2. UNITED STATES: U.S. National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals, *Report on the Police* (Washington: U.S. Government Printing Office, 1973). Recommendation 4.2, entitled "Telephonic Search Warrants", urged "that every State enact legislation that provides for the issuance of search warrants pursuant to telephoned petitions and affidavits from police officers". See also the *Federal Rules of Criminal Procedure* (St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1981), Rule 41(c)(2); and J. H. Israel, "Legislative Regulation of Searches and Seizures: The Michigan Proposals" (1975), 73 *Mich. L. Rev.* 221, pp. 258-263, 304-305.

   AUSTRALIA: Law Reform Commission of Australia, *Criminal Investigation, Report No. 2: An Interim Report* (Canberra: Australian Government Publishing Service, 1975), paras. 201-202. The Australian L.R.C.'s recommendations were incorporated in the *Criminal Investigation Bill, 1977*, as section 62, and in modified form in the *Criminal Investigation Bill, 1981*, as section 59.

3. Subsection 443(1) of the *Criminal Code* refers to an "information upon oath in Form 1", thus clearly requiring that the application for a search warrant be in writing. Strictly speaking, however, there is no statutory or common-law requirement that the informant appear personally before the justice. At its highest, such an appearance is a practical requirement, since the justice may wish to examine the informant orally. Such additional facts and circumstances as may be elicited must of course be upon oath and in Form 1. Clearly, however, the informant can usefully be examined only if he is personally present before the justice, and only if he is before the justice can the "information upon oath in Form 1" be re-sworn if amended. For practical purposes, then,

the application for a search warrant is usually tendered personally by the informant.

4. See e.g., *People* v. *Aguirre* (1972), 103 Cal. Rptr. 153, where a search warrant was obtained by telephone in as little as twelve minutes.

5. For a full elaboration of the legal requirements pertaining to informations and warrants, see Lee Paikin, *The Issuance of Search Warrants: A Manual* [a Study Paper prepared for the Law Reform Commission of Canada] (Ottawa: Supply and Services, 1981).

6. Sections 443-447.

7. For a description of such practices, see Richard V. Ericson, *Making Crime: A Study of Detective Work* (Toronto: Butterworths, 1981), pp. 153-154.

8. Subsection 443(1) begins as follows: "A justice who is satisfied by information upon oath in Form 1...." This opening phrase is generally taken as establishing the issuance of search warrants as an exclusively documentary procedure, and one, moreover, which confines the evidence before the justice to that which appears in the information upon oath. See *Re United Association of Journeymen and Apprentices of Plumbing and Pipefitting Industry of U.S. and Canada and the Queen* (1972), 8 C.C.C. (2d) 364 (B.C. S.C.). See also Roach J.A. (dissenting) in *Re Worrall* (1965), 2 C.C.C. 1 (Ont. C.A.).

   To be sure, the informant's demeanour may occasionally be of some small significance, especially where the justice seeks further particulars by examining the informant orally. By itself, however, the opportunity to observe the informant's demeanour does not figure in the formal, substantive or probative requirements for the issuance of search warrants.

9. For a brief history of that litigation, see Lee Paikin, *The Issuance of Search Warrants*, *supra*, note 5, pp. 18-21.

10. The accessibility of telewarrant procedures has varied considerably among those jurisdictions in which they have been implemented or recommended for implementation. The most restrictive access was perhaps that proposed by the Committee of Michigan Bar Commissioners, where dispensing with a personal appearance was permissible only where (a) the magistrate found reasonable cause to believe that an appearance would occasion such delay as might result in the loss or destruction of the objects sought; and (b) where the application had been approved by a prosecuting attorney. See section 5[4] of the "Proposed Provisions on Search and Seizure", which appear

as an appendix in J. H. Israel, "Legislative Regulation of Searches and Seizures: The Michigan Proposals", *supra*, note 2.

Almost as restrictive is the Montana legislation, which precludes law-enforcement officers from applying directly to the appropriate judicial officer: s. 46-5-202(3), *supra*, note 1. First, the applicant must convince the county attorney or deputy county attorney (a) that a warrant is justified, and (b) that the circumstances require its immediate issuance. Thereafter, the county attorney contacts a judge by telephone, stating his own conviction that a warrant should be issued by telephone; the judge then contacts the law-enforcement officer at a telephone number provided by the county attorney and hears his application.

Perhaps the least restrictive access is that proposed in Australia's *Criminal Investigation Bill, 1981* and that found in the New South Wales *Poisons Act, 1981*. The bill provides that an application for a search warrant may be made by telephone "[w]here, by reason of circumstances of urgency, [a Police Officer] considers it necessary to do so": sub-section 59(1). The New South Wales legislation similarly gives police officers unrestricted telephone access to stipendiary magistrates for purposes of obtaining a search warrant: section 43A, *Poisons Act, 1981*, *supra*, note 1. To similar effect are the present California and New York models, neither of which conditions access to the telewarrant procedures upon a finding that it would be reasonable to dispense with a written affidavit. Instead, both jurisdictions provide merely that sworn applications may be made either in writing or orally. Perhaps the most significant aspect of these latter models is that they permit the "information upon oath" to be tendered orally, either by telephone, etc., *or* by a personal appearance before the issuing magistrate.

Somewhere between these positions is Rule 41(c)(2) of the U.S. *Federal Rules of Criminal Procedure*, *supra*, note 2, which provides in subdivision (A) that a Federal magistrate may issue a warrant based upon sworn oral testimony communicated by telephone or other appropriate means "[i]f the circumstances make it reasonable to dispense with a written affidavit". Rule 41(c)(2)(A) thus reserves the discretion to a federal magistrate and conditions the exercise of that discretion upon the applicant demonstrating to his satisfaction that the circumstances are such as to make it reasonable to dispense with a written affidavit. Significantly, the *Federal Rules* do not limit the magistrate's discretion to circumstances in which a personal appearance would be impracticable. Presumably, therefore, the magistrate could find that a personal appearance would be impracticable, but that the circumstances were nevertheless not appropriate for dispensing with a personal appearance, e.g., because of the complexity of the investigation, etc.

In this Report, we have designed a regime for the issuance of search warrants by telephone or other means of telecommunication which is neither so restrictive as the Michigan and Montana models nor so accessible as the California, New York and Australian models. According to our proposals, access to the telewarrant would be controlled by the justice, who is obliged to make a finding that the peace officer's information on oath discloses reasonable grounds for dispensing with an application presented personally and in writing. As will subsequently be seen in our proposed paragraph 443.1(5)(*b*), however, the justice's finding of reasonable grounds for dispensing with an information presented personally and in writing is not limited solely to a finding that a personal appearance would be impracticable. The applicant is obliged to set out the circumstances which make such an appearance impracticable, but the justice is not obliged to accept that claim. Nor, having accepted that claim, is the justice obliged to dispense with the requirements of an information presented personally and in writing. In effect, in deciding to dispense with the peace officer's personal appearance, the justice would, according to our proposals, have a measure of discretion equivalent to that which he enjoys in deciding to issue the search warrant itself.

In settling upon what degree of access to telewarrants we would recommend, we have sought out a middle ground between the too restrictive and the too accessible. Thus, for example, we have not conditioned access to the telewarrant upon a demonstration of reasonable grounds to believe that the delay entailed in a personal appearance might result in the loss or destruction of evidence or contraband. Nor have we stipulated the mandatory participation of crown counsel. On the other hand, we have not made the telewarrant so accessible that the decision to resort to the procedures would rest with the peace officer rather than with the justice. Nor have we gone so far as the California or New York legislation, which permits the magistrate to dispense with a written affidavit even where the peace officer is personally present before him.

Our reasons for avoiding a too restrictive access have largely to do with our confidence that the procedures we have designed make the telewarrant as judicial and particular an instrument of search and seizure as the conventional warrant. Those restrictions which we have imposed derive largely from our belief that the decision to dispense with a personal appearance and a written information should be reserved exclusively to the justice. As well, there is the further consideration that, before making the telewarrant procedures any more accessible, we would want to be assured that any such changes would not unduly strain the resources of justices of the peace.

PART THREE:

SUMMARY

OF

RECOMMENDATIONS

PART ONE: Writs of Assistance

We recommend that the writ of assistance be forthwith abolished by amendments to the *Narcotic Control Act*, the *Food and Drugs Act*, the *Customs Act*, and the *Excise Act*.

We further recommend that all writs of assistance now extant be forthwith submitted to the Administrator of the Federal Court of Canada for immediate cancellation.

We further recommend that subsection 134(1) of the *Customs Act* be amended to provide for the issuance of search warrants for execution by day or, upon reasonable cause having been shown, by night; and that subsection 134(3) of the *Customs Act* be repealed so as to abolish the customs officer's powers of entry without warrant where no justice is to be found within five miles of the premises to be searched.

PART TWO: Telewarrants

1. Part XIII of the *Criminal Code* of Canada should be amended by substituting the words "this or any Act of Parliament" for the words "this Act" in paragraphs 443(1)(*a*) and (*b*).

2. The following provisions for the issuance of search warrants by telephone or other means of telecommunication should be enacted as section 443.1 of the *Criminal Code*:

(1) Where a peace officer believes that it would be impracticable to appear personally before a justice to make application for a search warrant in accordance with section 443, he may submit an information on oath by telephone or other means of telecommunication.

(2) An information submitted by telephone or other means of telecommunication shall be on oath and shall be recorded verbatim by the justice, who shall as soon as practicable thereafter cause to be filed with the clerk of the court for the territorial division in which the warrant is intended for execution a transcription of that record, certified by him as to time, date and contents.

(3) For purposes of subsection (2), an oath may be administered by telephone or other means of telecommunication.

(4) An information on oath submitted by telephone or other means of telecommunication shall include

(*a*) a statement of the circumstances that make it impracticable for the peace officer to appear personally before the justice;

(*b*) a statement of the offence alleged, the premises to be searched and the items asserted as being liable to seizure; and

(*c*) a statement, within the terms of paragraphs 443(1)(*a*), (*b*) or (*c*), of the peace officer's grounds for belief that items liable

to seizure in respect of the offence alleged will be found in the premises to be searched.

(5) A justice who is satisfied that an information on oath submitted by telephone or other means of telecommunication

(*a*) conforms to the requirements of subsection 443.1(4),

(*b*) discloses reasonable grounds for dispensing with an information presented personally and in writing, and

(*c*) discloses reasonable grounds for the issuance of a search warrant,

may issue a warrant to a peace officer conferring the same authority to search and seize as may be conferred by a warrant issued pursuant to subsection 443(1).

(6) Where a justice issues a warrant under subsection 443.1(5),

(*a*) the justice shall complete and sign the warrant in Form 5.1, noting upon its face the time, date and place of issuance;

(*b*) the peace officer, upon the direction of the justice, shall complete, in duplicate, a facsimile of the warrant in Form 5.1, noting upon its face the name of the issuing justice and the time, date and place of issuance;

(*c*) the justice shall direct the peace officer to record, and the peace officer shall record and complete upon the face of the facsimile warrant, the following endorsement:

***To the Occupant*: This search warrant was issued by telephone or other means of telecommunication. If you wish to know the basis upon which this warrant was issued, you may obtain a copy of the "information upon oath" from the clerk of the court for the territorial division in which the warrant was executed, at [*address*].**

You may also obtain from the clerk of the court a copy of the report filed by the peace officer who executed this warrant. That report will indicate what things, if any, were seized and where they are presently being held.

(*d*) the justice shall thereupon cause the warrant to be filed with the clerk of the court for the territorial division in which the warrant is intended for execution.

(7) A peace officer who executes a search warrant issued by telephone or other means of telecommunication shall, before entry or as soon as practicable thereafter, give a facsimile of the warrant to any person present and ostensibly in control of the premises.

(8) A peace officer who executes upon unoccupied premises a search warrant issued by telephone or other means of telecommunication shall, upon entry or as soon as practicable thereafter, cause a facsimile of the warrant to be suitably affixed in a prominent place within the premises.

(9) A peace officer to whom a search warrant is issued by telephone or other means of telecommunication shall within three days of issuance file a written report with the clerk of the court for the territorial division in which the warrant was intended for execution, which report shall include

(*a*) a statement of the time and date of execution or, if the warrant was not executed, a statement of the reasons why it was not executed;

(*b*) a statement of what things, if any, were seized pursuant to the warrant and where they are presently being held;

(*c*) a statement of what things, if any, were seized in addition to the things mentioned in the warrant and where they are presently being held, together with a statement of the peace officer's grounds for belief that those things had been obtained by, or used in, the commission of an offence.

(10) A clerk of the court to whom a written report is made pursuant to subsection (9) shall as soon as practicable thereafter cause the report, together with the information on oath and the warrant to which it pertains, to be brought before a justice to be dealt with in the same manner as if the warrant had been issued by that justice or some other justice for the same territorial division.

(11) A search warrant issued by telephone or other means of telecommunication is not subject to challenge by reason only that the circumstances were not such as to make it reasonable to dispense with an information submitted personally and in writing.

(12) In any proceeding in which it is material for a court to be satisfied that a search or seizure was authorized by a warrant issued by telephone or other means of telecommunication, the absence of the information on oath, transcribed and certified by the justice as to time, date and contents, or of the original warrant, signed by the justice and carrying upon its face a notation of the time, date and place of issuance, shall be *prima facie* proof that the search or seizure was not authorized by such a warrant.

3. Part XIII of the *Criminal Code* of Canada should be amended by substituting the words "sections 443 or 443.1" for the words "section 443" wherever the latter words appear in sections 444, 445, 446 and 447.

4. Part XXV of the *Criminal Code* of Canada should be amended by including the following as Form 5.1.

(See next page)

FORM 5.1

WARRANT TO SEARCH (Section 443.1)

Canada.
Province of [*specify province*]
[*territorial division in which the warrant is issued*].

To A.B. and other peace officers in the [*territorial division in which the warrant is intended for execution*]:

Whereas it appears on the oath of A.B., a peace officer in the [*territorial division in which the warrant is intended for execution*] that there are reasonable grounds for dispensing with an information presented personally and in writing; and that there are reasonable grounds for believing that the following things

[*describe things to be searched for*]

relevant to the investigation of the following offence

[*describe offence in respect of which search is to be made*]

are to be found on the following premises

[*describe premises to be searched*]:

This is, therefore, to authorize and require you within three days of this warrant's issuance to enter the said premises between the hours of [*as the justice may direct*] and to search for and seize the said things and to report thereon to the clerk of the court for the [*territorial division in which the warrant is intended for execution*].

Issued at [*time*] on the [*day*] of [*month*] A.D. [*year*] at [*place*].

. . . . . .
A Justice of the Peace/
A Judge of the Provincial Court
in and for the Province of
[*specify province*].

***To the Occupant*: This search warrant was issued by telephone or other means of telecommunication. If you wish to know the basis upon which this warrant was issued, you may obtain a copy of the "information upon oath" from the clerk of the court for the territorial division in which the warrant was executed, at [*address*].**

You may also obtain from the clerk of the court a copy of the report filed by the peace officer who executed this warrant. That report will indicate what things, if any, were seized and where they are presently being held.

19e RAPPORT

LE MANDAT DE MAIN-FORTE

ET

LE TÉLÉMANDAT

©Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1983

Disponible gratuitement par la poste:

Commission de réforme
du droit du Canada
130, rue Albert, 7e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

N° de catalogue J31-39/1983
ISBN 0-662-52515-9

RAPPORT

SUR

LE MANDAT DE MAIN-FORTE
ET
LE TÉLÉMANDAT

Juillet 1983

L'honorable Mark MacGuigan, c.p., député
Ministre de la Justice
et Procureur général du Canada
Ottawa, Canada

Monsieur le Ministre,

Conformément aux dispositions de l'article 16 de la *Loi sur la Commission de réforme du droit*, nous avons l'honneur de vous soumettre le rapport et les recommandations qui sont le fruit des recherches effectuées par la Commission sur le mandat de main-forte et le mandat de perquisition délivré par téléphone ou autre moyen de télécommunication.

Veuillez agréer, Monsieur le Ministre, l'assurance de notre très haute considération.

Francis C. Muldoon, c.r.
président

Réjean F. Paul, c.r.
vice-président

Louise Lemelin, c.r.
commissaire

Alan D. Reid
commissaire

Joseph Maingot, c.r.
commissaire

La Commission

Francis C. Muldoon, c.r., président
Réjean F. Paul, c.r., vice-président
Louise Lemelin, c.r., commissaire
Alan D. Reid, commissaire
Joseph Maingot, c.r., commissaire

Secrétaire

Jean Côté, B.A., B.Ph., LL.B.

Coordonnateur de la section de recherche sur la procédure pénale et conseiller principal

Calvin A. Becker, B.A., LL.B., LL.M., Ph.D.

Conseillers

Maurice H. Smith, M.A. (Oxon.)
Lee S. Paikin, B.A., LL.B., LL.M.

Table des matières

PRÉFACE 1

PARTIE UN: Le mandat de main-forte 3

1. Introduction 5
2. Le mandat de main-forte en tant qu'autorisation de perquisitionner sans mandat 11
3. Le mandat de main-forte au Canada 15
   a) Transformations touchant la forme du mandat 16
   b) Procédure de délivrance du mandat 19
   c) Modifications apportées au contenu des mandats de main-forte 24
4. Le mandat de main-forte: un mécanisme inconstitutionnel 31
5. Le mandat de main-forte: une insulte à la tradition du common law 36
6. L'inutilité du mandat de main-forte 41
7. Conclusion et recommandations 49

ANNEXE: Exemples de mandats de main-forte 51

RENVOIS 57

PARTIE DEUX: Le télémandat 87

1. Introduction 89
2. Recommandations et commentaires 92

RENVOIS 111

PARTIE TROIS: Sommaire des recommandations 117

Préface

La Commission a publié récemment un document de travail intitulé *Les pouvoirs de la police: les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal*, dans lequel elle propose la codification, la rationalisation et la réforme complète des pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie qui peuvent être utilisés lors d'une enquête relative à une infraction prévue au *Code criminel* ou dans une autre loi fédérale.

Le présent rapport ne porte que sur deux des quelque cinquante recommandations qui figurent dans notre document de travail. En premier lieu, nous proposons l'abolition immédiate du mandat de main-forte. En second lieu, et il s'agit là d'une recommandation distincte malgré les liens qu'elle présente avec la précédente, nous recommandons que le mandat de perquisition puisse être obtenu par téléphone ou autre moyen de télécommunication, dans les circonstances où il est matériellement impossible au requérant de comparaître personnellement devant le juge de paix.

La Commission publiera bientôt l'ensemble de ses recommandations définitives concernant les pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie de la police dans l'application du droit pénal. Entre-temps, la Commission croit être en mesure d'apporter une contribution utile et sans doute opportune à la réforme du droit en invitant le Parlement à adopter immédiatement ces deux recommandations.

La mise en œuvre de ces deux recommandations est une tâche relativement simple. L'abolition des mandats de main-forte impliquerait la modification de la *Loi sur les stupéfiants*, de la *Loi des aliments et drogues*, de la *Loi sur les douanes* et de la *Loi sur l'accise*. Par ailleurs, il faudrait modifier la Partie XIII du *Code criminel*, afin que la demande de mandat de perquisition puisse être présentée par téléphone ou autre moyen de télécommunication, et que le mandat puisse être délivré de la même façon.

Le présent rapport contient un projet de dispositions législatives établissant les règles relatives à l'obtention du télémandat. Toutefois, nous n'avons pas formulé de dispositions énonçant les modifications législatives nécessaires à l'abolition du mandat de main-forte. Si nous y avons renoncé, ce n'est pas à cause des difficultés qu'elle comporte, mais parce qu'elle risquerait de restreindre la généralité de notre propos. Essentiellement, nous comptons recommander, dans un rapport qui sera présenté incessamment au Parlement, que tous les pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie de la police soient désormais régis par un seul et même régime de critères et de règles de procédure. À court terme, cependant, nous croyons que certaines de nos recommandations concernant ces pouvoirs, comme l'abolition du mandat de main-forte et l'instauration de dispositions prévoyant la délivrance du mandat de perquisition par téléphone ou autre moyen de télécommunication, pourraient être mises en œuvre très facilement et auraient un effet salutaire.

PARTIE UN:

LE MANDAT DE MAIN-FORTE

1. Introduction

[TRADUCTION]
Et toute personne autorisée par un mandat de main-forte délivré sous le sceau de la Cour de l'Échiquier de Sa Majesté, sera fondée à prendre avec elle un constable, chef de bourg ou autre officier public résidant près de l'endroit en question, et à pénétrer, de jour, dans toute maison, magasin, cave, entrepôt, pièce ou autre endroit, et en cas de résistance, à ouvrir par la force toute porte, coffre, malle ou autre contenant afin de saisir, puis d'emporter tout bien ou toute marchandise, de quelque nature qu'ils soient, interdits et introduits en contrebande, et de les placer en sécurité dans les entrepôts de Sa Majesté, dans le port le plus proche de l'endroit où la saisie a eu lieu[1].

L'*Act of Frauds* de 1662 introduisait ainsi un mécanisme de perquisition et de saisie extrêmement déroutant et controversé: le mandat de main-forte.

Le mandat de main-forte était un instrument déroutant dans la mesure où il associait à une simple délégation de pouvoirs de nature exécutive les traquenards du mandat de perquisition délivré par l'autorité judiciaire. Essentiellement, pourtant, le mandat de main-forte de 1662 n'était pas une forme particulière du mandat de perquisition. Il ne participait pas non plus des brefs de prérogatives, comme les brefs de prohibition et d'*habeas corpus*. Enfin, il ne pouvait être assimilé aux autres documents que l'on appelait alors «mandat de main-forte» et dont certains avaient trait à l'obligation du shérif d'aider au recouvrement de certaines créances ou d'exécuter les jugements[2]. Il s'agissait plutôt d'une adaptation ingénieuse d'une obscure doctrine de common law: la «ressource secrète du droit» de Coke, suivant laquelle [TRADUCTION] «il existe en droit une ressource secrète qui permet toujours de créer un bref en vue de l'application plus efficace d'une loi destinée à protéger la paix publique ou le bien-être du royaume, selon la force et l'effet de la loi[3]».

En somme, le mandat de main-forte créé par la loi douanière de 1662 avait pour but de sanctionner la délégation de pouvoirs de nature exécutive[4] permettant au mandataire d'exercer un pouvoir de fouille, de perquisition et de saisie prévu par la loi et, à cette fin, de requérir

l'assistance qu'il jugeait nécessaire. Cependant, il ne s'agissait ni d'un mandat de perquisition délivré par une autorité judiciaire[5], ni d'un bref de prérogative, ni d'une ordonnance judiciaire à caractère discrétionnaire[6]. Bien que le mandat utilisé en matière douanière fût revêtu du sceau de la Cour de l'Échiquier, le pouvoir discrétionnaire auquel on avait recours lors de la délivrance de celui-ci avait un caractère exécutif bien plus que judiciaire[7]. En fait, le sceau de la Cour de l'Échiquier ne faisait qu'attester la délivrance du mandat, de la même façon que les sceaux des tribunaux étaient apposés aux documents introductifs d'instance[8].

Par ailleurs, le mandat de main-forte allait soulever de vives controverses. En fait, les résistances que l'on a opposées à ce mécanisme, de même qu'au régime douanier qu'il était censé mettre en œuvre, font partie intégrante de la succession d'événements qui ont abouti à la révolution américaine[9]. En effet, l'hostilité des Américains envers le mandat de main-forte était telle que ceux-ci en sont venus à énoncer dans leur constitution qu' «il ne pourra être lancé de mandats de perquisition ou de saisie que pour une cause plausible, appuyée par le serment ou l'affirmation des plaignants; le mandat devra toujours contenir la description du lieu où doit se faire la perquisition, ainsi que celle des personnes ou des choses qui doivent être saisies[9a]».

À cette époque, comme de nos jours du reste, le mandat de main-forte était un instrument de nature exécutive, plutôt que judiciaire, destiné à l'application de la législation douanière. Des mandats de main-forte étaient délivrés aux personnes chargées d'appliquer cette législation, et attestaient qu'elles étaient mandatées pour exercer en vertu de la loi le pouvoir d'entrer, de perquisitionner et de saisir les biens interdits et introduits en contrebande. Les douaniers détenteurs d'un mandat de main-forte étaient donc habilités à rechercher les biens de contrebande, sans que leur pouvoir discrétionnaire soit restreint *a priori* par des contraintes de nature judiciaire.

Les mandats de main-forte devaient porter le sceau de la Cour de l'Échiquier, mais une fois délivrés, leur usage n'était soumis à aucun contrôle de la part de la Cour. C'est à cet égard, surtout, que le mandat prévu par la loi se distinguait de son pendant suivant le common law, le mandat de perquisition. En effet, alors que ce dernier constituait, en soi, l'octroi du pouvoir d'effectuer une perquisition déterminée, le mandat de main-forte attestait l'octroi du pouvoir général d'effectuer des perquisitions, attestation qui demeurait en

vigueur pendant la vie du souverain au nom duquel elle avait été délivrée.

En regard de la législation canadienne actuelle concernant les fouilles, les perquisitions et les saisies, l'intérêt de l'*Act of Frauds* réside moins dans les pouvoirs qu'il conférait que dans les restrictions qu'il imposait. Premièrement, aux termes de cette loi, seuls les biens interdits *et* introduits en contrebande pouvaient faire l'objet d'une perquisition et d'une saisie en vertu du mandat de main-forte[10]. Deuxièmement, la personne qui effectuait une perquisition en matière de douanes n'était fondée à employer la force que si elle avait le statut officiel de préposé des douanes, la preuve de ce statut étant la possession d'un mandat de main-forte délivré par la Cour de l'Échiquier. Troisièmement, le recours à la force n'était permis que lorsque la personne visée s'opposait à l'entrée, à la perquisition ou à la saisie. Quatrièmement, la perquisition ne pouvait avoir lieu que pendant le jour. Cinquièmement, le préposé des douanes devait prendre avec lui un constable ou un autre fonctionnaire connu afin de prévenir toute violation de la paix qui aurait pu survenir lors de la perquisition[11].

Enfin, une autre contrainte, d'une rigueur assez singulière, limitait davantage la portée des perquisitions et des saisies permises par l'*Act of Frauds* et, en fait, celle des fouilles, des perquisitions et des saisies en général. Cette restriction ne figurait pas dans l'*Act of Frauds*, mais résidait plutôt dans la doctrine de la «justification *a posteriori*» ("justification by the event") du common law[12]. En effet, il ne suffisait pas qu'il existe une «cause plausible» de soupçonner la présence de biens interdits et introduits en contrebande[13]. Si la perquisition ne révélait pas l'existence de biens de contrebande visés par le double critère précité, le dénonciateur était personnellement responsable, sur le plan délictuel, envers la personne dont les locaux avaient été soumis à la perquisition. Cette dernière pouvait alors exiger des dommages-intérêts. Or, comme le préposé des douanes effectuant une perquisition en vertu d'un mandat de main-forte était aussi le dénonciateur, il devenait de ce fait responsable si la perquisition se révélait infructueuse.

Pourtant, malgré ces restrictions qui avaient été imposées aux perquisitions effectuées dans les lieux privés en vertu d'un mandat de main-forte, les perquisitions en matière douanière prévues par la loi de 1662 échappaient à l'application d'une valeur à laquelle le common law donnait habituellement prééminence : l'autorisation judiciaire

préalable faisant suite à une dénonciation spécifique. Comme Hale l'avait établi dans son ouvrage intitulé *History of the Pleas of the Crown*, en common law, l'obtention d'un mandat de perquisition était la procédure appropriée pour avoir accès à des lieux privés, ce qui n'était possible que lorsqu'il s'agissait de biens volés[14]. Par ailleurs, les tribunaux de common law n'acceptaient de sanctionner de telles atteintes aux droits de propriété que si celles-ci étaient autorisées par un mandat délivré par un juge de paix, sur la foi d'une dénonciation faite sous serment et énonçant l'endroit où l'on soupçonnait que les biens se trouvaient, de même que les motifs qui avaient donné lieu à ces soupçons[15]. Mais les exigences du common law relatives aux caractères judiciaire et spécifique du mandat de perquisition brillaient par leur absence au sein du régime prévu par la loi régissant les perquisitions en matière douanière[16].

En conséquence, il n'y avait aucune raison d'imposer que les perquisitions et les saisies en vertu d'un mandat de main-forte fassent l'objet d'une autorisation *judiciaire* préalable, sur la foi d'une dénonciation à caractère spécifique. Il semble toutefois, du moins à partir de 1710 et peut-être même avant, que le recours au mandat de main-forte fût régi par des règles de nature *administrative*[17], qui, à toutes fins utiles, étaient analogues aux restrictions d'ordre judiciaire qui s'appliquaient à la délivrance et à l'exécution des mandats de perquisition.

Il va sans dire que les commissaires des douanes avaient intérêt à surveiller de près les méthodes d'application de leurs subordonnés, non seulement pour se protéger eux-mêmes contre les rigueurs aléatoires de la doctrine de la justification *a posteriori*, mais encore parce qu'il était essentiel que la Commission ne soit pas mise dans l'embarras par le zèle de ses préposés, surtout dans le domaine des droits de propriété privée.

Comme l'on pouvait s'y attendre, la rigueur des directives des commissaires variait entre Londres et les ports du littoral. De façon générale, cependant, ces directives avaient pour but d'imposer au mécanisme du mandat de main-forte des restrictions administratives analogues aux caractères judiciaire et spécifique du mandat de perquisition. À Londres par exemple, en 1710, les préposés des douanes ne pouvaient perquisitionner dans les maisons d'habitation qu'après avoir obtenu la permission de la Commission[18]. En 1719, on introduisit dans la législation certains mécanismes de protection applicables aux saisies effectuées en matière douanière en vertu d'un

mandat de main-forte. Ces mécanismes entraient en jeu dans la mesure où le préposé avait agi [TRADUCTION] «sur la foi de la dénonciation d'une ou de plusieurs personnes dignes de foi[19]». Afin de bénéficier aussi de ces mécanismes de protection, les commissaires des douanes établirent des règles administratives en vue de s'assurer que les perquisitions effectuées en vertu d'un mandat de main-forte s'étayaient sur une dénonciation spécifiant la nature et la description des biens de contrebande, de même que l'endroit où ceux-ci se trouvaient. Par exemple, dans le guide destiné aux préposés des douanes de Sa Majesté dans les ports du littoral, rédigé par Henry Crouch et publié en 1732, l'auteur enjoignait aux préposés des douanes de ne pas s'introduire dans les lieux privés [TRADUCTION] «sans avoir reçu une dénonciation spécifique émanant d'une ou de plusieurs personnes dignes de foi, par écrit si possible, et faisant état de la nature ou de la description des biens, du moment et de l'endroit où ils ont été introduits ou du lieu où ils sont cachés ...[20]». À partir de 1817, à Londres comme ailleurs, chaque usage du mandat de main-forte devait, de façon générale, avoir été précédé par le dépôt sous serment d'une dénonciation spécifique devant un magistrat[21]. Même si ces exigences destinées à reproduire, dans le cas du mandat de main-forte, les caractères judiciaire et spécifique du mandat de perquisition, n'étaient pas sanctionnées par la législation ni par le common law régissant le mandat de main-forte, elles n'en restreignaient pas moins l'usage de celui-ci, malgré leur origine administrative plutôt que légale.

Il est indiscutable que le mandat de main-forte prévu par la loi de 1662 a semé la confusion et suscité de vives controverses. Toutefois, il n'était pas tout à fait juste de dire qu'il était un instrument [TRADUCTION] «imposé par la législature au mépris des libertés des sujets[22]». En effet, les conditions imposées par la loi relativement au mandat de main-forte étaient loin d'être négligeables: il existait des limites rigoureuses concernant les objets saisissables (interdits *et* introduits en contrebande), les circonstances justifiant l'emploi de la force (lorsqu'une personne résistait au détenteur du mandat), les heures pendant lesquelles la perquisition pouvait avoir lieu (pendant le jour seulement), et les pouvoirs du préposé des douanes agissant seul (c'est-à-dire la présence obligatoire d'un constable ou d'un autre officier local).

Mais outre ces conditions imposées par la loi, le mandat de main-forte était également soumis à des restrictions de nature administrative et judiciaire. Par l'effet des directives administratives,

ce qui au départ constituait l'autorisation générale de procéder à des perquisitions en matière de douanes devint, à l'instar du mandat de perquisition, un instrument de perquisition et de saisie qui devait être utilisé de façon spécifique. Et indépendamment de l'importance que l'on attachait, sur le plan administratif, à l'existence d'une dénonciation digne de foi précédant l'acte, la doctrine de la justification *a posteriori* découlant du common law avait pour effet, bien entendu, d'encourager l'obtention de renseignements sûrs avant l'exécution d'une perquisition en matière douanière. En somme, l'usage du mandat de main-forte britannique avait été assujetti à des conditions prévues par la loi, à des règles de nature administrative et à une doctrine de common law, de façon à prévenir les controverses éventuelles.

Il n'en allait pas de même dans les colonies d'Amérique des années 1760 et 1770, où l'on s'insurgea contre le mandat de main-forte et le régime douanier qu'il représentait[23]. Par ailleurs, les diverses formes du mandat de main-forte qui ont été adoptées au Canada n'ont pas été sans soulever de controverses. Comme dans les colonies américaines d'avant la révolution, le débat canadien était lié principalement au fait que l'on considérait le mandat de main-forte comme une sorte de mandat de perquisition à portée générale. Cependant, contrairement au conflit américain de 1761, c'est l'opportunité du mandat de main-forte, plutôt que sa légalité, qui fut contestée au Canada. En fait, jusqu'à tout récemment[24], la légalité du mandat de main-forte semblait indiscutable, du fait que sa délivrance et son utilisation étaient sanctionnées par quatre lois canadiennes[25].

. Ainsi, au Canada, on s'est plutôt interrogé sur l'opportunité de déroger, dans le cas du mandat de main-forte, aux caractères judiciaire et spécifique qui président à la délivrance du mandat de perquisition. En résumé, les détracteurs du mandat de main-forte soutiennent que celui-ci n'est pas assujetti à l'exigence de l'autorisation judiciaire préalable sur la foi d'une dénonciation spécifique et faite sous serment et que, par conséquent, il constitue une autorisation générale d'effectuer des perquisitions indéterminées. En revanche, bien qu'ils reconnaissent sa portée exceptionnelle, les défenseurs du mandat de main-forte soutiennent qu'un tel instrument de perquisition et de saisie est nécessaire à l'application de la législation contemporaine en matière de drogues, de douanes et d'accise. En outre, toujours selon les défenseurs du mandat de main-forte, la rigueur des règles administratives qui régissent la délivrance et l'usage du mandat compense pleinement l'absence de

contrôle judiciaire. En somme, ces règles assurent que le mandat de main-forte est contrôlé tout aussi étroitement sur le plan administratif que le mandat de perquisition peut l'être sur le plan judiciaire.

L'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés* le 17 avril 1982 a jeté un nouvel éclairage sur la controverse concernant le mandat de main-forte au Canada. La question n'est plus limitée au caractère approprié de celui-ci. En effet, les dispositions de la *Charte* interdisant les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives soulèvent directement la question de la légalité du mandat de main-forte.

Afin de résoudre ces questions, la Commission recommande l'abolition immédiate du mandat de main-forte. Notre recommandation repose sur des raisons théoriques aussi bien que pratiques. D'un point de vue théorique, la Commission est d'avis que rien ne justifie que le mécanisme du mandat de main-forte déroge aux caractères judiciaire et spécifique du mandat de perquisition. D'un point de vue pratique, la Commission estime que le mandat de main-forte est inutile en tant qu'instrument de perquisition et de saisie.

Afin de bien comprendre les motifs sur lesquels reposent les recommandations de la Commission, il importe d'abord d'examiner davantage l'aspect judiciaire du mandat de main-forte et son histoire dans l'application du droit canadien.

2. Le mandat de main-forte en tant qu'autorisation de perquisitionner sans mandat

Au cours des trois cents ans d'existence du mandat de main-forte, sa nature véritable a été considérablement obscurcie du fait que depuis les débuts, on a toujours eu tendance à le considérer comme une forme particulière du mandat de perquisition. Il s'agit en fait de deux instruments distincts et il importe de bien comprendre cette distinction afin de saisir l'essence du mandat de main-forte.

La différence entre le mandat de main-forte et le mandat de perquisition réside principalement dans le dosage des aspects judiciaires et exécutifs qui les caractérise respectivement. Alors que la délivrance du mandat de perquisition constitue surtout l'exercice d'un pouvoir judiciaire, et que l'aspect exécutif de cette procédure est tout à fait accessoire, le mandat de main-forte demeure, comme à ses origines, un instrument à caractère exclusivement exécutif. En fait, le mandat de main-forte était surtout un certificat d'identité attestant que le détenteur était habilité à exercer les pouvoirs de perquisition conférés par l'*Act of Frauds*. Ainsi, il s'agissait d'un instrument de nature exclusivement exécutive ou administrative qui notifiait, au sens archaïque du verbe anglais "to authorize", l'identité du détenteur en tant que mandataire de la Couronne.

Même s'il devait porter le sceau de la Cour de l'Échiquier, celle-ci étant la composante judiciaire du système de protection et de recouvrement des revenus du roi, le mandat de main-forte était préparé en pratique par un fonctionnaire administratif de la Cour de l'Échiquier qui apposait lui-même le sceau. Ce fonctionnaire, appelé «registraire du roi», avait la responsabilité de recouvrer les créances du souverain et, à cette fin, pouvait utiliser le sceau de la Cour de l'Échiquier. Toutefois, la responsabilité de celle-ci, ou plus exactement du registraire du roi au sein de la Cour de l'Échiquier, était analogue à celle du greffier des tribunaux modernes relativement à la délivrance du bref introductif d'instance en matière civile: il s'agit dans les deux cas d'une fonction purement administrative. Lorsqu'une demande était présentée au fonctionnaire administratif approprié, et lorsque celui-ci était convaincu que le mandat était conforme aux exigences prescrites, le mandat était délivré sous le sceau de la Cour de l'Échiquier et ce, sans l'intervention d'un fonctionnaire exerçant des pouvoirs judiciaires. Ainsi, la délivrance du mandat de main-forte n'était en aucune façon l'exercice, par la Cour de l'Échiquier, d'un pouvoir judiciaire. Il s'agissait plutôt d'un acte de nature purement administrative.

En revanche, à cette époque aussi bien qu'aujourd'hui, la délivrance du mandat de perquisition faisait entrer en jeu des pouvoirs de nature judiciaire et de nature exécutive[26]. En substance, le mandat de perquisition constituait l'octroi du pouvoir de s'immiscer dans les droits de propriété d'une personne, dans des circonstances qui autrement auraient eu un caractère délictuel. Même si au dix-septième siècle, le juge de paix, à qui il appartenait de délivrer les mandats de perquisition, avait à la fois des fonctions de

policier, de poursuivant et de juge, c'est en cette dernière qualité qu'il était habilité à délivrer des mandats de perquisition. Ainsi, il était tenu d'examiner, de façon indépendante et judiciaire, la forme, le contenu et la valeur probante de la dénonciation qui lui était soumise. Lorsque la dénonciation était défectueuse suivant l'un ou l'autre de ces critères, on disait qu'il n'avait pas compétence pour s'acquitter de ses responsabilités de façon judiciaire. En revanche, une fois sa juridiction établie, le juge de paix jouissait alors d'un pouvoir discrétionnaire pour délivrer le mandat et en fixer les modalités. Par la suite, après avoir exercé sa juridiction ainsi établie, le juge de paix se livrait alors à un acte de nature purement administrative ou exécutive, c'est-à-dire la délivrance matérielle du mandat, en signant le document et en y indiquant sa qualité.

En tant qu'instrument à caractère purement exécutif, le mandat de main-forte comportait diverses caractéristiques et chacune d'elles a contribué à établir la nature propre du mandat de main-forte et à le distinguer du mandat de perquisition avec lequel il avait toujours été confondu.

Premièrement, même si le mandat de main-forte était délivré sous le sceau de la Cour de l'Échiquier, ni sa délivrance, ni les circonstances entourant son utilisation n'étaient soumises à un contrôle judiciaire préalable: le pouvoir de perquisition et l'autorisation d'exercer ce pouvoir provenaient directement du texte de loi. En revanche, dans le cas du mandat de perquisition, si le pouvoir de perquisition provenait soit du common law, ou soit d'un texte de loi, l'autorisation d'exercer ce pouvoir était accordée de façon ponctuelle par l'autorité judiciaire. Alors que le mandat de main-forte attestait que son détenteur avait la compétence légale nécessaire pour exercer un pouvoir de perquisition et de saisie prévu par la loi, le mandat de perquisition faisait foi de la légalité de la perquisition elle-même. Bref, le mandat de perquisition autorisait la perquisition alors que le mandat de main-forte attestait l'identité de celui qui effectuait la perquisition.

Deuxièmement, comme le mandat de main-forte était un instrument exécutif, il restait initialement en vigueur pendant le règne du souverain au nom duquel il avait été délivré. Par la suite, en 1702, un texte de loi vint prolonger la durée des mandats de main-forte, de façon à ce que ceux-ci restent en vigueur pendant les six mois suivant la fin du règne du monarque, afin d'assurer la continuité dans l'exécution de la législation douanière pendant l'interrègne[27]. Cette

caractéristique illustre une autre différence entre le mandat de main-forte et le mandat de perquisition: alors que le premier restait en vigueur pendant la vie du souverain et constituait une autorisation générale de perquisitionner, le pouvoir conféré par le mandat de perquisition était limité dans l'espace et dans le temps à l'exécution d'une perquisition déterminée.

Troisièmement, étant donné que le mandat de main-forte était un certificat d'identité de nature exécutive, nul ne pouvait contester la validité d'une perquisition en s'attaquant au mandat. Certes, il était possible de mettre en doute l'identité du détenteur, mais pour attaquer la légalité de la perquisition, le demandeur devait se fonder sur la loi et non sur le mandat. La source du pouvoir et de l'autorisation de perquisitionner était le texte de loi, le mandat de main-forte n'étant qu'une preuve de l'identité et de la qualité du détenteur en tant que mandataire de la Couronne. En réalité, il était pour ainsi dire impossible de contester une perquisition en matière douanière. Par contre, si l'on s'attaquait à une perquisition effectuée en vertu d'un mandat de perquisition, la contestation portait directement sur le mandat qui avait censément autorisé la perquisition. Le document lui-même, ainsi que la juridiction du juge de paix qui l'avait délivré, étaient la voie de contestation appropriée et le cœur même du litige.

Ainsi, essentiellement, le mandat de main-forte ne conférait pas l'autorisation d'effectuer des perquisitions, mais attestait l'identité de ceux qui détenaient ce pouvoir en vertu de la loi. Au contraire, le mandat de perquisition conférait à l'officier le pouvoir de perquisitionner. En conséquence, en cas de contestation, l'officier qui avait agi en vertu d'un mandat de perquisition devait s'appuyer sur le document, en tant que source de son pouvoir, alors que le préposé des douanes devait s'en remettre aux dispositions du paragraphe 5(2) de l'*Act of Frauds* de 1662. Le mandat de main-forte ne pouvait lui servir qu'à s'identifier comme la personne habilitée à exercer ce pouvoir.

Aux fins du présent rapport, cette caractéristique est d'un grand intérêt. D'un point de vue strictement juridique, aujourd'hui comme à l'origine, l'étude des pouvoirs associés au mandat de main-forte doit porter, non pas sur le mandat de main-forte lui-même, mais plutôt sur la législation qui a établi ces pouvoirs. Si l'on s'oppose à l'idée d'un pouvoir discrétionnaire de nature exécutive permettant d'entrer, de perquisitionner et de saisir, l'opposition doit alors être dirigée vers le

texte de loi lui-même qui a été rédigé de façon à exempter la perquisition et la saisie effectuée en vertu d'un mandat de main-forte de l'autorisation judiciaire préalable fondée sur une dénonciation spécifique.

Pour toutes ces raisons, le mandat de main-forte ne doit pas être considéré comme une forme particulière du mandat de perquisition. Quelles que soient les ressemblances pratiques qui existent entre ces deux instruments, dans la mesure où les deux attestent par écrit la validité de la perquisition, ils ont peu de choses en commun sur le plan historique, et encore moins sur le plan de leur nature juridique. À strictement parler, le mandat de main-forte devrait être reconnu comme une autorisation de nature exécutive, d'exercer *sans* mandat des pouvoirs de perquisition prévus par la législation.

3. Le mandat de main-forte au Canada

Voilà pour la nature du mandat de main-forte en 1662. Cet instrument extrêmement déroutant et controversé de perquisition et de saisie qui à l'origine était censé faciliter l'application de l'*Act of Frauds* subsiste depuis plus de trois siècles, mais il a subi d'importantes modifications. Dans l'intervalle, le mandat a perdu un peu de son caractère solennel et intimidant. En effet, ce n'est plus le document que Smith a décrit en ces termes: [TRADUCTION] «une grande feuille de papier-parchemin, d'une longueur de deux pieds et d'une largeur de deux pieds et demi, ornée d'un portrait enluminé du souverain et d'un sceau de cire massif suspendu au bout d'un cordon tressé et renforcé[28]». D'ailleurs, le mandat n'est pas non plus le savant écrit inintelligible d'autrefois avec son écriture indéchiffrable et son texte bizarre en latin. L'apparence somptueuse du mandat a quelque peu diminué mais il n'a en rien perdu l'autorité qui permet à son détenteur d'exercer sans mandat des pouvoirs d'entrée, de perquisition, de fouille et de saisie prévus par la loi. En effet, si l'on en juge par la façon dont les lois canadiennes ont élargi sa portée, on peut affirmer que le mandat de main-forte comporte aujourd'hui plus de pouvoirs discrétionnaires même s'il est moins impressionnant.

Quatre lois prévoient actuellement la délivrance de mandats de main-forte: la *Loi sur les douanes*, la *Loi sur l'accise*, la *Loi sur les stupéfiants* et la *Loi des aliments et drogues*[29]. Toutefois, au Canada, la forme, la procédure de délivrance et le contenu du mandat de main-forte ont été considérablement remaniés.

a) *Transformations touchant la forme du mandat*

Le mandat délivré en vertu de la *Loi sur les stupéfiants*[30] illustre bien la forme que revêtent les mandats de main-forte canadiens. Bien que le sceau de la Cour fédérale du Canada en fasse un document plus impressionnant que le mandat de perquisition ordinaire, le mandat de main-forte moderne est remarquable par sa simplicité et sa clarté. Après un préambule plutôt grandiloquent — «Élizabeth II, par la grâce de Dieu, Reine du Royaume-Uni, du Canada et de ses autres royaumes et territoires, Chef du Commonwealth, Défenseur de la Foi» — le mandat annonce avec une concision louable: «Vous êtes autorisé et habilité par les présentes, conformément au paragraphe (3) de l'article 10 de la LOI SUR LES STUPÉFIANTS, aidé et assisté de tel individu que vous pouvez requérir, à entrer à toute heure dans une maison d'habitation quelconque pour y découvrir des stupéfiants» (voir l'annexe). Le document énonce qu'il a été «délivré en vertu de l'autorité d'un juge de notre Cour fédérale du Canada» et porte le sceau de cette cour bien en vue. Fait intéressant à signaler cependant, le document ne mentionne pas le nom ni ne porte la signature du juge de la Cour fédérale qui en a autorisé la délivrance. Seule la signature d'un fonctionnaire du greffe de la Cour fédérale ou, sur la version anglaise du mandat, du "registry officer", y est apposée. En bref, le mandat est délivré en vertu de l'autorité d'un juge de la Cour fédérale mais la procédure de délivrance elle-même est exécutée par un fonctionnaire judiciaire. Dans la version canadienne, le Registraire du Roi de la Cour de l'Échiquier a été remplacé par un fonctionnaire du greffe de la Cour fédérale, ce dernier étant chargé d'apposer le sceau de la Cour et de délivrer le mandat conformément aux formalités qui sont prévues — en d'autres termes, un fonctionnaire agissant dans l'exécution de fonctions administratives.

La modification sans doute la plus importante en ce qui a trait à la forme du mandat de main-forte a été le résultat d'une omission. L'absence, dans les mandats en matière de douanes et d'accise, de la caractéristique fondamentale des mandats de *main-forte*, mérite notre attention. L'autorisation en vertu de laquelle le détenteur du mandat peut demander l'assistance d'autres personnes est en

évidence dans le texte des mandats délivrés en vertu de la législation sur les drogues et les stupéfiants, comme c'était le cas, du reste, dans le mandat de 1761, un des premiers mandats de main-forte déchiffrables[31]. Lorsque l'on a réduit le texte du mandat pour en faire un document utilisable et clair, le «pouvoir de demander de l'aide» a été complètement passé sous silence dans les mandats en matière de douanes et d'accise, et dans le cas des mandats délivrés en vertu de la législation sur les drogues et les stupéfiants, ce pouvoir a été résumé en une seule phrase: «Vous êtes autorisé et habilité par les présentes, ... aidé et assisté de tel individu que vous pouvez requérir ...» (voir l'annexe).

À cause de cette omission, les mandats en matière de douanes et d'accise n'énoncent pas avec une netteté suffisante les pouvoirs qu'ils comportent. Les personnes à qui l'on présenterait un mandat de main-forte en matière de douanes ne pourraient se rendre compte à première vue que la loi les oblige à fournir «au nom de la Reine, l'aide et l'assistance légales nécessaires à la conservation et à la protection de ces effets, navires, véhicules ou biens saisis[32]». De même, le mandat de main-forte délivré en vertu de la *Loi sur l'accise* n'énonce pas que son détenteur est autorisé à requérir, s'il le juge nécessaire, l'aide et l'assistance de toute personne, officier public ou simple citoyen, dans l'exécution de *tout* acte relatif à l'accise[33]. En outre, à moins qu'elles ne connaissent les dédales de la loi, les personnes à qui l'on présenterait un mandat de main-forte et une demande d'assistance ne pourraient pas comprendre que le pouvoir du préposé des douanes de «demander de l'aide» est moins vaste que celui du préposé de l'accise. En effet, contrairement à la *Loi sur l'accise*, la *Loi sur les douanes* ne renferme aucune disposition relative à l'obligation de prêter main-forte lors de la perquisition, l'obligation énoncée ne concernant que la conservation et la protection des effets saisis ou des biens sujets à confiscation.

C'est pourquoi nous nous croyons fondés à dire que les mandats délivrés en vertu de la *Loi sur les douanes* et de la *Loi sur l'accise* ne répondent pas au critère énoncé par Sir Edward Coke, selon lequel un mandat devrait être créé [TRADUCTION] «selon la force et l'effet de la loi[34]». Il est évident que la délivrance de mandats de main-forte dont la teneur ne correspond pas aux dispositions des lois constitutives de ces mandats comporte un risque inutile: les personnes à qui ils sont présentés seront peut-être inconscientes de leur obligation légale de prêter main-forte aux détenteurs de ces mandats, sans parler de la peine d'emprisonnement dont elles sont passibles en cas de refus[35].

La *Loi sur les stupéfiants* et la *Loi des aliments et drogues*, bien au contraire, imposent l'obligation de prêter main-forte en termes plus clairs que la *Loi sur l'accise* et plus larges que la *Loi sur les douanes*. Dans les deux cas, le «pouvoir de demander de l'aide» est identique: le détenteur du mandat est autorisé à entrer et à perquisitionner, «aidé et assisté de tel individu [qu'il peut] requérir[36]». En outre, ce pouvoir de requérir l'assistance de tout individu est énoncé expressément dans les deux mandats de sorte qu'ils traduisent le but qu'ils visent, soit la notification de l'identité et de l'autorité de leur détenteur, qu'ils soient présentés à l'occupant des lieux faisant l'objet de la perquisition ou aux personnes dont l'assistance est jugée nécessaire.

La *Loi sur les stupéfiants* et la *Loi des aliments et drogues*, bien au contraire, imposent l'obligation de prêter main-forte en termes plus clairs que la *Loi sur l'accise* et plus larges que la *Loi sur les douanes*. Dans les deux cas, le «pouvoir de demander de l'aide» est identique: le détenteur du mandat est autorisé à entrer et à perquisitionner, «aidé et assisté de tel individu [qu'il peut] requérir[36]». En outre, ce pouvoir de requérir l'assistance de tout individu est énoncé expressément dans les deux mandats de sorte qu'ils traduisent le but qu'ils visent, soit la notification de l'identité et de l'autorité de leur détenteur, qu'ils soient présentés à l'occupant des lieux faisant l'objet de la perquisition ou aux personnes dont l'assistance est jugée nécessaire.

Finalement, la forme du mandat de main-forte canadien a subi une autre modification importante. Il s'agit, encore une fois, d'une modification relative au «pouvoir de demander de l'aide», la caractéristique essentielle des mandats de *main-forte*. C'est peut-être ce changement qui a le plus contribué à la croyance que le mandat de main-forte est un type de mandat de perquisition. Le mandat de main-forte de 1662 comportait l'obligation générale de prêter main-forte au détenteur du mandat dans l'exécution de ses fonctions, mais les mandats de main-forte modernes s'adressent au détenteur lui-même. Compte tenu du fait que le mandat est essentiellement une notification de l'identité de son détenteur et de son autorisation à exercer un pouvoir de perquisition et de saisie prévu par la loi et à requérir l'assistance de toute personne, il aurait dû, normalement, s'adresser aux personnes à qui il était censé être présenté.

À l'origine, les mandats de main-forte envisageaient trois hypothèses où une notification de l'identité pouvait être nécessaire.

Premièrement, l'occupant des lieux faisant l'objet de la perquisition pouvait demander au préposé de s'identifier afin de s'assurer que la fouille n'était pas une atteinte à la vie privée ou à l'ordre public. Deuxièmement, une autre mesure de précaution avait été prise pour éviter des atteintes à l'ordre public : les préposés des douanes étaient obligés, lors de leurs perquisitions, de se faire accompagner par [TRADUCTION] «un constable, chef de bourg ou autre officier public résidant près de l'endroit en question». On présumait que l'occupant des lieux connaîtrait le constable local ou autre officier public «résidant près de l'endroit en question» et que cette connaissance établirait d'autant plus la légalité de la perquisition. Ainsi, le mandat de main-forte constituait une notification de l'identité du préposé des douanes à l'occupant des lieux visés par la perquisition ainsi qu'à l'officier public local que le préposé était tenu de prendre avec lui. Toutefois, c'était davantage la présence du constable local que son assistance qui était recherchée et ce, afin qu'il atteste, lors de la perquisition, l'identité et l'autorité du préposé des douanes et, semble-t-il, afin qu'il le protège contre tout acte de violence qui pourrait être exercé sur lui[37]. Troisièmement, le mandat devait être présenté à toutes les personnes dont l'aide pouvait être requise pour faciliter la perquisition.

L'identité et l'autorité du détenteur du mandat de main-forte doivent encore aujourd'hui être établies dans ces cas. Il est vrai qu'à l'heure actuelle, seul le recours au mandat délivré en vertu de la *Loi sur l'accise* est limité par la nécessité de la présence d'un agent de la paix lors des perquisitions de nuit et qu'en raison de cette exigence, la notification de l'identité et de l'autorité du préposé n'est plus obligatoire que dans deux cas. Cependant, même si le législateur a laissé de côté, dans trois des quatre lois à l'étude, la disposition que l'on pourrait qualifier de «disposition limitative touchant l'obligation de prêter main-forte», il a maintenu l'obligation de notifier l'identité et l'autorité du détenteur du mandat à l'occupant des lieux faisant l'objet de la perquisition ainsi qu'aux personnes qui peuvent être requises de lui prêter main-forte. Bien entendu, c'est à ces personnes que les mandats devraient s'adresser pour être conformes au but visé par la loi et conserver leur nature véritable.

b) *Procédure de délivrance du mandat*

La procédure de délivrance d'un mandat de main-forte consiste essentiellement en une demande adressée à un juge de la Cour

fédérale par le Procureur général du Canada[38]. En pratique, il s'agit d'une lettre adressée à l'administrateur de la Cour fédérale du Canada par un substitut du Procureur général contenant une demande officielle accompagnée d'une déclaration assermentée, d'exemplaires des mandats qui doivent être délivrés et des honoraires établis selon le tarif en vigueur. Malgré son intitulé: [TRADUCTION] «DANS L'AFFAIRE D'UNE DEMANDE ... POUR LA DÉLIVRANCE DE MANDATS DE MAIN-FORTE», la demande prend plutôt la forme d'un avis: «SACHEZ QUE ... le Procureur général du Canada demande par la présente à un juge de cette honorable Cour de délivrer des mandats de main-forte au membre ci-après désigné de la Gendarmerie royale du Canada qui est chargé de l'exécution de la *Loi sur les stupéfiants*».

Au soutien de la demande, il n'y a qu'un seul document, soit une déclaration assermentée qui, par exemple, peut être signée par l'officier responsable de la section des forces policières qui requiert ce mandat et qui atteste l'identité et la fonction de la personne désignée. Par ailleurs, dans le cas des membres de la G.R.C., la déclaration assermentée produite au soutien de la demande peut être signée par l'officier responsable du service des dossiers. Dans ce cas, la déclaration assermentée doit être accompagnée d'une copie certifiée du «mandat de nomination» du policier à titre d'agent de la paix et de membre de la Gendarmerie royale du Canada[39]. Quoi qu'il en soit, la déclaration assermentée n'est qu'une simple déclaration dans laquelle on certifie que la personne désignée est chargée d'appliquer la loi pertinente.

La demande est ensuite présentée à l'un des juges de la Division de première instance de la Cour fédérale par l'intermédiaire du greffe de la cour. Bien que la demande doive être présentée à un juge de la Cour fédérale, la délivrance des mandats de main-forte ne fait pas partie des fonctions judiciaires de ce dernier. En effet, la délivrance est une procédure obligatoire de nature administrative où le juge n'a qu'à s'assurer que la demande est conforme aux prescriptions de la loi, que la personne désignée a les qualités requises pour être détenteur du mandat et que le mandat qui doit être délivré est conforme aux dispositions de la loi. Dans les faits, la loi oblige le juge à qui une demande est faite, à autoriser la délivrance des mandats de main-forte conformément à la demande, c'est-à-dire aux directives du Procureur général.

Le principe selon lequel les juges ont l'obligation légale d'entériner ce qui est avant tout une décision exécutive, n'a pas été

accepté d'emblée. En effet, il a été sévèrement critiqué depuis quelques années.

L'honorable Wilbur Jackett, président de la Cour de l'Échiquier du Canada (maintenant la Cour fédérale), est le premier à avoir remis ce principe en question[40]. Lors de l'audition d'une requête pour la délivrance de mandats de main-forte en vertu de la *Loi sur les douanes*, de la *Loi sur l'accise*, de la *Loi sur les stupéfiants* et de la *Loi des aliments et drogues*, le juge Jackett a étudié avec inquiétude le rôle des juges de la Cour de l'Échiquier relativement aux mandats de main-forte. Après avoir passé en revue les quatre dispositions législatives concernant la délivrance des mandats, le juge a conclu: [TRADUCTION] «... il m'est difficile, sinon impossible, d'imaginer un élément quelconque qui pourrait faire l'objet de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour[41]». En bref, la délivrance des mandats de main-forte ne fait pas partie du champ de compétence de l'ordre judiciaire. Il s'agit plutôt d'une fonction administrative que le Parlement a imposée aux juges de la Cour de l'Échiquier.

Le président Jackett a souligné que la disposition de la *Loi sur les douanes* relative à la procédure de délivrance des mandats de main-forte, semble très différente des autres lois en termes de responsabilités du juge qui en autorise la délivrance. En effet, la *Loi sur les douanes* prévoit qu'un juge de la Cour de l'Échiquier «peut émettre» un mandat de main-forte alors que les autres lois prévoient qu'un juge de la Cour de l'Échiquier «doit émettre» un mandat de main-forte sur la demande du Ministre. Il a toutefois conclu que cette distinction a peu d'importance étant donné qu'aucune de ces lois ne renferme de dispositions obligeant le requérant à fournir, au soutien de sa requête, des documents sur lesquels les juges pourraient se fonder pour se prononcer sur l'opportunité de la délivrance du mandat. En outre, il a fait remarquer qu'aucune de ces lois ne prévoit l'exercice par l'ordre judiciaire d'un pouvoir discrétionnaire en ce qui a trait aux circonstances dans lesquelles ces mandats doivent être utilisés après leur délivrance. Comme il n'existe aucun fondement à l'intervention judiciaire d'un juge de la Cour de l'Échiquier, on ne peut nullement affirmer que la délivrance du mandat fait partie du champ de compétence de l'ordre judiciaire.

Après avoir conclu que le tribunal était dépouillé de tout pouvoir discrétionnaire en ce qui a trait à la délivrance de [TRADUCTION] «mandats de perquisition sous le couvert des mandats de main-forte[42]», le juge Jackett s'est exprimé en ces termes:

[TRADUCTION]
Compte tenu de l'extrême difficulté, sinon l'impossibilité, d'exercer un pouvoir discrétionnaire de nature judiciaire relativement à l'émission d'un mandat de main-forte en vertu de la *Loi sur les douanes* dans le cas d'une demande précise, et étant donné que l'émission de tels mandats en vertu des trois autres lois mentionnées ci-dessus est obligatoire dans le cas de la demande prescrite et étant donné que je suis incapable d'établir une distinction entre l'opportunité d'émettre de tels mandats en vertu de la *Loi sur les douanes* et l'opportunité de les émettre en vertu des autres lois, je conclus que lorsqu'un juge de la Cour de l'Échiquier reçoit une demande du Procureur général du Canada en vertu de l'article 143 de la *Loi sur les douanes* visant l'émission d'un mandat de main-forte, il doit émettre ledit mandat conformément à la demande à la seule condition qu'il soit convaincu que la personne mentionnée dans la demande est un «préposé».

...

[S]i j'interprète correctement le texte de loi, on remarquera que, lorsqu'un détenteur d'un mandat de main-forte exerce les pouvoirs que lui confère ce mandat, il existe des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi par suite de sa désignation par le Procureur général du Canada ou le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social, selon le cas; il n'exécute pas une ordonnance ou un jugement de la Cour de l'Échiquier du Canada ou de l'un de ses juges. Dans sa sagesse, le Parlement a ordonné que l'attribution du pouvoir à ce préposé sera attestée par un mandat émanant de la Cour de l'Échiquier du Canada et la cour doit se soumettre à ces directives imposées par la loi[43]».

Bien entendu, cette interprétation par le juge Jackett du devoir que la loi impose à la Cour de l'Échiquier relativement aux mandats de main-forte était la seule interprétation que lui permettait la loi[44]. En 1965, la Cour a accepté, quoique avec une certaine réticence, de «se soumettre à ces directives imposées par la loi» mais, en 1975, cette réticence s'est transformée en protestation véhémente.

Dans un jugement donnant suite à une demande faite par le Procureur général du Canada pour la délivrance d'un mandat de main-forte en vertu de la *Loi sur les douanes*, le juge Collier déclara: «(J)e fus très surpris et j'eus de la difficulté à croire qu'on puisse demander une chose pareille à la Cour ou qu'elle doive, à la lumière de données si ténues et si peu révélatrices, prêter son concours pour investir un préposé gouvernemental inconnu de si vastes pouvoirs pour une période indéterminée[45]». Se pliant «avec réticence aux exigences de la Loi» parce que la cour «ne peut ni exprimer son avis ni exercer un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l'émission

de ces mandats qui sont alors confiés à des personnes qui, dans des cas particuliers, pourraient abuser gravement de ces pouvoirs de perquisition illimités», le juge Collier a cité certains passages des conclusions du président Jackett. Le juge Collier a déclaré à juste titre que le président Jackett «... faisait des réserves sur les très vastes pouvoirs conférés par ces mandats et sur l'impossibilité dans laquelle se trouvait la Cour d'exercer un pouvoir discrétionnaire relativement au nombre de mandats émis, aux aptitudes de celui qui sera investi de ces pouvoirs et à la durée de ces mandats».

Il semble que les objections formulées par le juge Collier visaient deux points, l'un touchant la procédure, l'autre le fond. L'impact de ce dernier point a été quelque peu atténué par un renvoi en bas de page dans son jugement non publié[46] mais il est clair que le juge Collier était en désaccord avec la loi elle-même. En particulier, il trouvait à redire aux lois qui confèrent aux détenteurs de mandats de main-forte de si vastes pouvoirs de perquisition et de saisie sans prévoir l'exercice d'aucune forme de contrôle judiciaire relativement à la délivrance des mandats, aux aptitudes des détenteurs de ces mandats ni aux circonstances dans lesquelles ils seront utilisés.

Toutefois, la principale objection formulée par le juge Collier ne concernait pas l'absence de dispositions relatives au contrôle judiciaire de ces vastes pouvoirs de perquisition et de saisie mais le fait que la procédure de délivrance des mandats de main-forte donnait l'impression que les mandats étaient des documents qui émanaient de l'ordre judiciaire. Comme c'est la Cour fédérale qui délivre des mandats selon les directives du Procureur général, on oublie que ces mandats sont des documents qui émanent du Ministre et non de la Cour. En fait, la Cour fédérale était tenue de donner un caractère judiciaire à un instrument de perquisition et de saisie de nature essentiellement administrative. N'était-ce ce faux caractère judiciaire, la véritable nature du mandat de main-forte serait évidente: une autorisation, émanant du pouvoir exécutif, de perquisitionner et de saisir, libre de tout contrôle judiciaire[47].

Malgré les objections formulées par le président Jackett et le juge Collier contre l'obligation des juges d'entériner un ordre qui émane essentiellement du pouvoir exécutif, la procédure de délivrance des mandats n'a pas beaucoup changé depuis que ceux-ci ont été introduits au Canada. Contrairement à la procédure de délivrance des mandats de perquisition, la Cour qui est appelée à autoriser la délivrance des mandats de main-forte ne peut exercer un pouvoir

discrétionnaire en ce qui concerne (1) l'opportunité de délivrer un mandat de main-forte, (2) le nombre de mandats émis, (3) les aptitudes de ceux qui seront investis de ces pouvoirs, (4) la durée de ces mandats et (5) la question de savoir si les circonstances particulières dans lesquelles on se servira du mandat justifient l'exercice de si vastes pouvoirs. La seule modification apportée à la procédure relative au mandat de main-forte qui ait une certaine importance est la diminution du nombre de ministres qui peuvent en demander la délivrance. En effet, depuis le 22 mars 1978, seul le Procureur général du Canada peut demander la délivrance d'un mandat de main-forte en vertu des quatre lois fédérales pertinentes[48].

(c) *Modifications apportées au contenu des mandats de main-forte*

Les modifications les plus importantes apportées aux mandats de main-forte ne concernent ni la forme, ni la procédure mais le contenu. Évidemment, la nature du mandat n'a pas changé: il s'agit d'un certificat attestant que son détenteur est autorisé à exercer un pouvoir de perquisition et de saisie que lui confère la loi[49]. Bien que la nature et le rôle du mandat demeurent inchangés, les pouvoirs du détenteur du mandat ont été considérablement élargis. Ainsi, lorsque l'on compare le mandat des années 80 à celui de 1662, on constate que le recours à la force ne dépend plus de la résistance qui peut être opposée à l'entrée, à la perquisition et à la saisie. Aujourd'hui, il est permis à un préposé qui procède à une perquisition en matière de douanes et d'accise en vertu d'un mandat de main-forte d'employer la force «en cas de nécessité», une condition beaucoup moins limitative que celle que laissait supposer l'expression «en cas de résistance» dans l'ancien mandat[50]. Les dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* et de la *Loi des aliments et drogues* sont encore moins limitatives. En effet, elles prévoient toutes deux qu'un agent de la paix peut «aux fins d'exercer son autorité en vertu du présent article, ... forcer toute porte, fenêtre, serrure, targette, enfoncer tout parquet, mur, plafond, compartiment, briser toute tuyauterie, boîte, tout contenant ou toute autre chose[51]». À toutes fins utiles, le recours à la force ne dépend ni de la résistance, ni de la nécessité.

Il est manifestement très important de savoir à quel moment, lors d'une perquisition, le recours à la force devient nécessaire. D'une façon générale, le pouvoir légal de s'introduire de force dans une

maison d'habitation afin d'exécuter un acte judiciaire en matière pénale est limité par le principe du common law selon lequel cette mesure doit être précédée d'une sommation d'ouvrir les portes[52]. Ainsi, en l'absence de disposition contraire, un préposé qui s'introduirait de force dans une maison d'habitation sans avoir sommé l'occupant de le laisser entrer outrepasserait ses pouvoirs.

On peut affirmer que l'accent mis sur le pouvoir illimité de s'introduire de force au lieu de tenir compte de la «résistance», voire même de la «nécessité», traduit l'intention du législateur d'outrepasser l'exigence du common law selon laquelle toute perquisition effectuée dans une maison d'habitation doit tout au moins être précédée d'une sommation formelle[53]. L'expression utilisée dans l'*Act of Frauds* de 1662, soit [TRADUCTION] «en cas de résistance», faisait sans doute de la sommation une condition préalable, sinon comment aurait-on pu faire la distinction entre la résistance opposée par un occupant et l'absence de ce dernier? En d'autres termes, le mot «résistance» laisse entendre que l'occupant des lieux agit de manière à entraver l'exécution de la procédure. Il semble que l'expression «en cas de nécessité» employée dans la version actuelle de la *Loi sur les douanes* et de la *Loi sur l'accise* se réfère au recours à la force dans d'autres circonstances que la simple résistance, y compris peut-être, par exemple, l'absence de l'occupant des lieux. Cependant, dans la mesure où la résistance constitue une condition, le recours à la force ne devrait être possible qu'après une sommation d'ouvrir les portes. De toute façon, ni l'une ni l'autre expression ne semble soustraire les perquisitions en matière de douanes et d'accise à l'exigence du common law selon laquelle une sommation d'ouvrir doit être faite. En conférant à l'agent de la paix un pouvoir illimité de s'introduire de force, la *Loi sur les stupéfiants* et la *Loi des aliments et drogues* semblent avoir presque écarté l'obligation de faire précéder la perquisition d'une sommation. Par conséquent, on peut dire que ces modifications constituent une dérogation graduelle aux restrictions du common law touchant l'introduction de force ainsi qu'un élargissement des circonstances dans lesquelles il est permis de s'introduire de force sans sommation.

Deuxièmement, le détenteur d'un mandat de main-forte n'est plus tenu d'effectuer ses perquisitions pendant le jour. En effet, les quatre lois prévoient, en termes différents, que ces perquisitions peuvent également être faites de nuit. La *Loi sur les douanes* dit simplement que tout préposé peut pénétrer «à tout moment, de jour ou de nuit». La *Loi sur l'accise* prévoit que tout préposé «peut

pénétrer, de nuit, s'il est accompagné d'un agent de la paix, et de jour sans être ainsi accompagné[54]». De même, les lois relatives aux drogues et aux stupéfiants disposent que ces pouvoirs de perquisition peuvent être exercés «à toute époque[55]». Ces dispositions qui, à toutes fins utiles, donnent carte blanche en ce qui a trait aux perquisitions de nuit, font ressortir un contraste frappant avec le mandat de perquisition prévu à l'article 444 du *Code criminel*, qui doit être «exécuté de jour à moins que le juge de paix, par le mandat, n'en autorise l'exécution de nuit».

Ainsi, les pouvoirs du détenteur d'un mandat de main-forte ont été élargis d'une part, relativement aux circonstances dans lesquelles il est permis d'employer la force et d'autre part, relativement aux heures pendant lesquelles les perquisitions peuvent être effectuées. Par ailleurs, d'autres modifications ont sensiblement diminué les pouvoirs attestés par le mandat.

Tout d'abord, à l'exception des mandats de main-forte en matière d'accise, les mandats de main-forte modernes ne sont plus des documents cessibles. À l'origine, les mandats étaient délivrés à une ou plusieurs personnes chargées de percevoir les droits de douanes. Les pouvoirs que ces personnes étaient autorisées à exercer dans l'exécution de leurs fonctions pouvaient également être exercés par leurs [TRADUCTION] «adjoints, ministres, préposés et autres officiers[56]». En d'autres termes, les personnes désignées à titre de détenteurs du mandat de main-forte étaient autorisées à déléguer leurs pouvoirs, y compris les pouvoirs énoncés dans le mandat de main-forte. Bien entendu, comme la loi n'exigeait pas que le mandat précise le nom de la personne qui avait le droit de s'en servir, cette délégation était tout à fait permise. Dans les faits, le mandat de main-forte pouvait être utilisé par toute personne ayant les qualités requises pour exécuter une saisie en matière de douanes.

Toutefois, dans l'état actuel du droit, seul le mandat de main-forte en matière d'accise peut faire l'objet d'une délégation[57]. On pourrait dire que le mandat de main-forte en matière de douanes comporte également un pouvoir de délégation implicite mais dans le cas des mandats de main-forte en matière de drogues et de stupéfiants, seuls les détenteurs de ces mandats peuvent s'en servir. La *Loi sur les stupéfiants* et la *Loi des aliments et drogues* prévoient toutes les deux que la cour doit «délivrer un mandat de main-forte autorisant et habilitant la personne qui y est nommée ... à entrer ... pour découvrir ...[58]». En d'autres termes, les deux lois prescrivent

implicitement que ces mandats doivent être délivrés aux personnes qui y sont nommées et que ces personnes seules peuvent s'en prévaloir. La *Loi sur les douanes*, au contraire, prescrit qu'un tel mandat peut être délivré à une personne désignée[59], mais ne précise pas quelles personnes peuvent s'en servir après la délivrance. Comme la loi ne renferme aucune disposition contraire, on pourrait penser que d'autres personnes auraient le droit de détenir des mandats de main-forte en matière de douanes et de s'en servir. En outre, pour affirmer que le mandat de main-forte en matière de douanes est un document cessible, on peut s'appuyer sur le libellé de l'article 139 qui peut être interprété comme une autorisation donnée à *tout* préposé d'exercer les pouvoirs que lui confère le mandat de main-forte[60]. Quoi qu'il en soit, il semble que seul le mandat de main-forte en matière d'accise fasse vraiment partie, selon l'expression du juge Simpson, [TRADUCTION] «du matériel de bureau[61]».

La disposition limitative la plus importante à avoir été introduite dans la version canadienne du mandat de main-forte est sans doute la nécessité de la croyance raisonnable qui est une condition préalable à toute entrée et perquisition légales. Il faut toutefois souligner que cette condition varie beaucoup d'une loi à l'autre et qu'elle s'applique d'une manière différente selon l'étape, c'est-à-dire l'entrée, la perquisition ou la saisie.

Ainsi, par exemple, la *Loi sur les stupéfiants* restreint l'exercice des pouvoirs d'entrée et de perquisition aux seuls lieux, qu'ils soient résidentiels ou non, où il y a des motifs raisonnables de croire que s'y trouvent des stupéfiants[62]. Toutefois, le pouvoir de saisie comporte quatre types de saisie dont un seul exige la croyance raisonnable. Ainsi, l'agent de la paix peut saisir (1) *tout* stupéfiant, (2) toute chose dans laquelle *il soupçonne en se fondant sur des motifs raisonnables* qu'un stupéfiant est contenu ou caché, (3) toute chose à l'égard de laquelle *il croit en se fondant sur des motifs raisonnables* qu'une infraction relative aux stupéfiants a été commise ou (4) toute chose qui *peut* constituer une preuve établissant qu'une infraction relative aux stupéfiants a été commise. Chacune de ces quatre catégories de saisie semble comporter son propre critère de certitude. L'expression «tout stupéfiant» suppose l'existence d'un critère équivalant à la connaissance personnelle ou, de toute façon, à un critère de certitude un peu plus sévère que ne laissent entendre les expressions «motifs raisonnables de croire», «motifs raisonnables de soupçonner», ou toute chose qui «peut» constituer un stupéfiant. Vient ensuite, dans

l'ordre de certitude, le critère «motifs raisonnables de croire» à la présence de toute chose au moyen ou à l'égard de laquelle une infraction relative aux stupéfiants a été commise. On retrouve ensuite le critère «motifs raisonnables de soupçonner» l'existence de toute chose dans laquelle un stupéfiant est contenu ou caché. Finalement, il y a la simple possibilité que laisse sous-entendre la disposition prévoyant la saisie de toute chose «qui peut constituer une preuve établissant» la perpétration d'une infraction relative aux stupéfiants.

Ces dispositions relatives aux saisies sont sans doute redondantes dans une large mesure, et il est tout à fait probable que même le critère de certitude le moins sévère, soit celui qu'énonce l'expression «qui peut constituer une preuve établissant qu'une semblable infraction a été commise» pourrait justifier toute saisie. Par conséquent, il est permis de douter que l'adjonction, à l'alinéa 10(1)c) de la *Loi sur les stupéfiants*, du critère de la croyance raisonnable, constitue une restriction importante à l'exercice du pouvoir de saisie en vertu de cette loi.

Ce qui est encore plus curieux, c'est que, si l'agent de la paix est convaincu qu'il a des motifs raisonnables de s'introduire dans les lieux, il a un pouvoir illimité de fouiller toute personne qui s'y trouve. Il est étonnant de constater que le critère de la croyance raisonnable s'applique en ce qui a trait à la perquisition dans les lieux alors qu'il n'existe aucune restriction, pas même le critère du soupçon raisonnable, en ce qui concerne la fouille des personnes qui s'y trouvent.

Le problème se complique d'autant plus que le libellé de la *Loi des aliments et drogues* et de la *Loi sur les stupéfiants* est identique en ce qui a trait à la perquisition dans les lieux ainsi qu'à la fouille des personnes qui s'y trouvent. Toutefois, la *Loi des aliments et drogues* n'est pas aussi redondante que la *Loi sur les stupéfiants* en ce qui concerne les objets saisissables et le critère de certitude requis pour ces saisies. Ainsi, l'alinéa 37(1)c) de la *Loi des aliments et drogues* prévoit tout simplement qu'un agent de la paix peut «saisir ... toute drogue contrôlée ... ainsi que toute autre chose qui peut prouver» qu'une infraction relative aux drogues a été commise. Encore une fois, dans la mesure où la présence de drogues contrôlées constitue un élément de preuve établissant la perpétration d'une infraction, il semble qu'un critère essentiellement moins sévère que la croyance raisonnable pourrait justifier toute saisie.

L'exigence selon laquelle toute atteinte à la vie privée doit être limitée par le critère de la croyance raisonnable est appliquée de façon moins rigoureuse dans la législation en matière de douanes que dans la législation en matière de drogues et de stupéfiants. En effet, la *Loi sur les douanes* confère au détenteur du mandat un pouvoir illimité de pénétrer en tout lieu, le critère de la croyance raisonnable ne s'appliquant qu'aux étapes ultérieures que constituent la perquisition et la saisie. Ainsi, le préposé des douanes peut, à tout moment, de jour ou de nuit, pénétrer dans *tout* bâtiment situé dans le ressort de la cour et, à cette fin, peut employer la force «en cas de nécessité» du seul fait qu'il entretienne un soupçon ou, tout au moins, qu'il veuille fureter dans ce bâtiment ou un autre lieu[63]. Toutefois, une fois qu'il y a pénétré, le mandat ne lui permet de rechercher et de saisir que les choses qu'il a raisonnablement lieu de croire sujettes à confiscation[64].

Pour une raison que l'on ignore, le mandat de main-forte en matière d'accise échappe complètement au critère de la croyance raisonnable. Ainsi, en vertu d'un mandat de main-forte, tout préposé de l'accise ou son représentant a, semble-t-il, un pouvoir illimité d'entrée, de perquisition et de saisie[65]. Il existe toutefois deux limites aux pouvoirs du préposé de l'accise : si ce dernier pénètre de nuit, il doit être accompagné d'un agent de la paix et il ne peut avoir recours à la force qu'en cas de nécessité. Hormis ces restrictions plutôt modérées, le mandat de main-forte en matière d'accise comporte des pouvoirs d'entrée, de perquisition et de saisie quasiment illimités. La loi confère aux préposés de l'accise munis d'un mandat de main-forte un pouvoir discrétionnaire, sans restriction, relativement au lieu et au moment où ils peuvent pénétrer, perquisitionner et faire une saisie. Sur ce point, citons un passage de l'opinion intéressante du juge Mellish sur cet état de choses qui déplaît souverainement aux juges : [TRADUCTION] «[À] la place du juge, il y a, pour interpréter la loi, un préposé qui, muni d'un bélier et d'un mandat de main-forte peut ... à tout moment du jour ou de la nuit, pénétrer de force dans des maisons d'habitation paisibles et y perquisitionner, en vue peut-être d'y découvrir des éléments de preuve relativement à une infraction insoupçonnée[66]».

Jusqu'ici, nous avons comparé la version actuelle du mandat de main-forte avec celle de 1662 en fonction des modifications qui y ont été apportées et qui ont soit élargi, soit limité les pouvoirs des détenteurs. Une autre modification mérite également notre attention. Cette modification n'a pas eu pour effet d'élargir ni de limiter les

pouvoirs qu'atteste le mandat, mais elle a nettement fait de celui-ci une autorisation d'exercer sans mandat les pouvoirs d'entrée, de perquisition et de saisie prévus par la loi.

En bref, cette modification concerne la durée du mandat. Lorsque le mandat de main-forte fut introduit pour la première fois, il avait la même durée que le règne du souverain au nom de qui il avait été délivré. Bien entendu, c'est la durée du mandat de main-forte qui distinguait celui-ci du mandat de perquisition. En effet, alors que le mandat de main-forte restait valide jusqu'au décès du souverain, autorisant ainsi son détenteur à effectuer un nombre illimité de perquisitions, le mandat de perquisition était limité dans l'espace et le temps à une seule perquisition.

Au Canada, tout au moins en matière de douanes et d'accise, le mandat de main-forte «demeure en vigueur tant que la personne qui y est dénommée reste un préposé, soit dans le même emploi, soit en tout autre emploi[67]». Comme le mandat de main-forte est censé être principalement une notification de l'identité et de l'autorisation de son détenteur d'exercer une série de pouvoirs de perquisition et de saisie prévus par la loi, il est tout à fait normal que la personne à qui il est délivré y soit nommée et que, comme le prévoient la *Loi sur les douanes* et la *Loi sur l'accise*, la durée du mandat soit liée à l'emploi du détenteur. En effet, compte tenu du but visé par le mandat, il importe peu que le mandat ne soit valide que pendant le règne du souverain, pendant la carrière du préposé ou, encore, pendant une période plus courte.

Pour que le but visé par le mandat soit atteint, il importe que sa durée soit suffisamment longue afin que son détenteur n'ait pas à obtenir une autorisation chaque fois qu'il doit effectuer une perquisition. À cette fin, le législateur a, tout au moins en matière de douanes et d'accise, inséré une disposition par laquelle ces mandats, tels que délivrés, doivent demeurer en vigueur «tant que la personne qui y est dénommée reste un préposé». Il est clair que cette disposition fait du mandat de main-forte un document qui exempte son détenteur de l'obligation de faire une demande particulière pour chaque perquisition qu'il se propose d'effectuer. Bien entendu, cette exemption comporte subsidiairement d'autres exemptions comme l'exemption de l'obligation de spécifier les objets visés par la perquisition et les motifs de croire que ces objets se trouvent dans les lieux qui doivent être fouillés et sont ceux au moyen ou à l'égard desquels il y a lieu de croire, en se fondant sur des motifs

raisonnables, qu'une infraction a été commise, ou l'exemption de l'obligation de rapporter, dans certains cas, le mandat à la personne qui l'a délivré.

4. Le mandat de main-forte: un mécanisme inconstitutionnel

À l'heure actuelle, le mandat de main-forte peut être utilisé en vue de l'application de la *Loi sur les stupéfiants*, la *Loi des aliments et drogues*, la *Loi sur les douanes* et la *Loi sur l'accise*[68]. Chacun de ces mandats présente des caractéristiques propres sur le plan de la forme et du fond, mais essentiellement, ils sont tous porteurs de pouvoirs de perquisition et de saisie dont l'exercice n'est freiné par aucune contrainte judiciaire ou temporelle, et permettent l'emploi de la force sans aucune restriction. Les dispositions relatives au mandat de main-forte établissent donc un régime de perquisitions sans mandat : le mandat de main-forte est en fait l'autorisation qui atteste l'identité des personnes habilitées à exercer ces pouvoirs absolument exceptionnels de perquisition sans mandat.

Vus dans cette perspective, les mandats de main-forte présentent manifestement des lacunes sur le plan de la forme, et sont empreints d'hypocrisie et sources de confusion sur le plan de la procédure. Nous considérons également les pouvoirs qu'ils portent comme une insulte à la substance et à l'esprit de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Bien sûr, on pourrait corriger les défauts manifestes des mandats de main-forte sur le plan de la forme: (1) le préambule pourrait être moins grandiloquent; (2) l'expression «autorisé et habilité» est désuète et redondante; la même idée pourrait être rendue d'une façon plus moderne, en montrant clairement que les pouvoirs du détenteur ne découlent pas du mandat lui-même, mais bien de la loi; (3) on pourrait également reformuler les mandats de main-forte en matière de douanes et d'accise et préciser la caractéristique fondamentale du mandat de main-forte, à savoir le pouvoir du détenteur «de demander

de l'aide» à toute personne, simple citoyen ou fonctionnaire, pour la perquisition et (4) on pourrait rédiger les mandats de main-forte de telle manière qu'ils remplissent véritablement leur but, soit d'attester l'identité du détenteur et de prouver qu'il est habilité à exercer des pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie prévus par la loi; à cette fin, les mandats pourraient être adressés aux personnes dont l'aide ou l'assistance peut être requise, et non au détenteur lui-même.

En outre, on pourrait mettre fin à l'hypocrisie et à la confusion qui caractérisent les procédures de délivrance des mandats de main-forte d'une façon très simple : il suffirait que les mandats soient délivrés par le procureur général du Canada de son propre chef, sans aucune participation des juges de la Cour fédérale, car cette participation ne constitue qu'une mascarade, les juges n'ayant aucun pouvoir de décision.

Une autre solution consisterait à conférer aux juges de la Cour fédérale le pouvoir discrétionnaire promis par le ministre de la Justice de l'époque dans sa déclaration du 6 avril 1978: la délivrance des mandats de main-forte serait faite selon les critères sous-entendus par l'expression «pour le plus grand avantage de la justice» et le recours au mandat de main-forte entraînerait l'obligation de fournir, après la perquisition, certains renseignements dans un rapport remis au tribunal qui a délivré le mandat[69]. Mais, de toute évidence, le mandat n'en resterait pas moins un instrument de nature exécutive, et non judiciaire, n'étant soumis à aucun contrôle judiciaire préalable en ce qui a trait aux circonstances dans lesquelles il est exécuté; finalement, si l'examen rétroactif de la perquisition ne comporte aucun pouvoir d'allouer des dédommagements, il est difficile d'y voir l'exercice d'une compétence judiciaire.

Il serait également possible de corriger à tout le moins certaines caractéristiques des mandats de main-forte sur le plan du fond: (1) on pourrait uniformiser les circonstances autorisant une introduction dans des lieux par la force, et énoncer qu'une telle action ne peut avoir lieu que si la permission d'entrer dans les lieux a au préalable été demandée et refusée; (2) de même, les circonstances autorisant le recours à la force au moment de la perquisition et de la saisie pourraient être uniformisées et s'appuyer sur des critères fondés sur une croyance raisonnable en la nécessité de ce recours; (3) les moments de la journée où peuvent être entreprises des perquisitions en vertu de mandats de main-forte pourraient de la même façon être limités: les perquisitions de nuit pourraient ainsi n'être autorisées que

lorsque l'on croit raisonnablement en leur nécessité; (4) par souci d'uniformité, on pourrait tout simplement éliminer la restriction particulière frappant les préposés de l'accise qui, à l'heure actuelle, ne peuvent perquisitionner de nuit à moins d'être accompagnés d'un agent de la paix; (5) toujours par souci d'uniformité, on pourrait également mettre fin au pouvoir de délégation, particulier au mandat en matière d'accise; (6) on pourrait énoncer que c'est la croyance raisonnable qui est le critère à utiliser pour justifier les étapes respectives de l'introduction dans les lieux, de la fouille ou perquisition et de la saisie, qu'il s'agisse de lieux ou de personnes, et ce critère pourrait s'appliquer systématiquement aux quatre types de mandats de main-forte; c'est sans doute là le point le plus important; (7) la durée des mandats en matière de stupéfiants et de drogues pourrait être limitée de façon expresse, dans des termes compatibles avec ceux des mandats relatifs aux douanes et à l'accise; (8) enfin, le «pouvoir de demander de l'aide»pourrait être uniformisé dans les quatre types de mandats, et les conséquences d'un refus pourraient être précisées dans le texte.

Mais tous ces correctifs, que ce soit sur le plan de la forme, de la procédure ou du fond, ne peuvent avoir pour seul effet que de faire des mandats de main-forte des mécanismes plus cohérents et intelligibles permettant l'exercice de pouvoirs de perquisition et de saisie qui constituent de graves atteintes aux droits de la personne. Ils n'auraient aucune incidence sur la question de la validité de ces mandats sur le plan constitutionnel. Il s'agit en effet de savoir si les pouvoirs énoncés dans les mandats de main-forte sont compatibles avec la protection préalable contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives, qui, d'après la Commission, est inhérente à l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*[70].

En ce qui concerne les mandats de main-forte en matière de douanes et d'accise, dans leur formulation actuelle, on peut répondre facilement à cette question par un simple examen des lois pertinentes. Dans la *Loi sur l'accise*[71], les pouvoirs d'entrée, de perquisition et de saisie conférés aux détenteurs de mandats de main-forte par le paragraphe 76(1) ne sont restreints par aucune exigence légale relative à des motifs raisonnables. Dans la *Loi sur les douanes*[72], seuls les pouvoirs de saisie, et non les pouvoirs d'entrée et de perquisition, sont assortis d'une exigence ayant trait à une croyance raisonnable. Il est manifestement permis de conclure de l'emploi du «ou» disjonctif dans l'article 8 de la *Charte* («Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies

abusives»), que les pouvoirs de perquisition conférés par la *Loi sur les douanes* sont par nature inconstitutionnels, mais pas nécessairement les pouvoirs de saisie.

Dans les deux autres lois renfermant des dispositions sur les mandats de main-forte, à savoir la *Loi sur les stupéfiants* et la *Loi des aliments et drogues*[73], les pouvoirs de perquisition et de saisie conférés aux détenteurs sont assortis d'une obligation légale d'avoir des motifs raisonnables. Comme le recours à des mandats de main-forte en matière de stupéfiants et de drogues dépend, d'après la loi, de l'existence d'une croyance raisonnable, il semblerait difficile de prétendre que ces types de perquisitions et de saisies en vertu d'un mandat de main-forte sont inconstitutionnels. Il est par ailleurs permis de penser que des modifications semblables aux autres lois contenant des dispositions sur les mandats de main-forte pourraient supprimer toute difficulté d'ordre constitutionnel.

La Commission rejette pourtant ces arguments. Elle croit fermement que, sauf dans des cas exceptionnels, la personne qui exerce des pouvoirs d'entrée, de fouille, de perquisition et de saisie dans le cadre d'une enquête, ne devrait pas avoir le pouvoir discrétionnaire de juger s'il existe des motifs de les exercer. Si l'on veut que de tels pouvoirs soient véritablement conformes à la *Charte*, qui interdit les fouilles, perquisitions ou saisies abusives, le caractère raisonnable des motifs présidant à leur exercice devrait dans tous les cas être déterminé par un représentant de l'ordre judiciaire, qui rendrait une décision au préalable et sur la base d'une dénonciation spécifique faite sous serment. Bien sûr, le contrôle judiciaire rétroactif demeure un moyen nécessaire, quoique complémentaire, d'atteindre les objectifs de la *Charte*. Mais c'est par le moyen d'une décision judiciaire indépendante rendue au préalable que l'on peut le plus efficacement garantir la protection constitutionnelle contre les fouilles, perquisitions ou saisies abusives. C'est pourquoi, de l'avis de la Commission, la meilleure solution consiste à poser que les perquisitions avec mandat sont la règle et les perquisitions sans mandat l'exception, cette dernière ne s'appliquant qu'en cas de nécessité reconnue ou de consentement donné en connaissance de cause[74].

La Commission affirme que les pouvoirs exercés en vertu des mandats de main-forte sont de toute évidence inconstitutionnels. Le caractère abusif de ces pouvoirs tient au fait que l'existence de motifs raisonnables pour leur exercice est déterminé par un agent de la paix

intéressé, et non par un représentant neutre du pouvoir judiciaire. Leur exercice n'est pas soumis à un examen judiciaire neutre au préalable, ni restreint, par la loi, à des cas où serait justifiée une exception à la règle selon laquelle les perquisitions doivent être autorisées par un mandat.

Étant donné l'absence d'exigences relatives au caractère judiciaire et à la spécificité, et l'absence d'exceptions bien définies à de telles exigences, les pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie conférés aux détenteurs de mandats de main-forte sont, à notre avis, incompatibles avec les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* et il faut de ce fait conclure à l'inconstitutionnalité de ces mandats.

En faisant cette affirmation, la Commission n'oublie pas que c'est le fléau des perquisitions et des saisies pratiquées en vertu de «mandats généraux», dont le plus célèbre était le mandat de main-forte en matière de douanes, qui est à la source du quatrième amendement à la Constitution américaine:

ARTICLE QUATRE

> Le droit des citoyens d'être protégés dans leurs personnes, leurs maisons, leurs papiers et leurs effets et d'être mis à l'abri de toutes perquisitions et saisies déraisonnables, ne pourra être violé, et il ne pourra être lancé de mandats de perquisition ou de saisie que pour une cause plausible, appuyée par le serment ou l'affirmation des plaignants; le mandat devra toujours contenir la description du lieu où doit se faire la perquisition, ainsi que celle des personnes ou des choses qui doivent être saisies[74a].

La *Charte canadienne des droits et libertés*, contrairement au quatrième amendement à la Constitution américaine, ne privilégie pas expressément les perquisitions en vertu d'un mandat. La jurisprudence américaine sur cette question est cependant à la fois instructive et convaincante. D'après la jurisprudence et la doctrine américaines prépondérantes, la préférence pour les perquisitions faites en vertu d'un mandat est une conséquence inévitable de l'interdiction des perquisitions et des saisies abusives. Par conséquent, le principe fondamental, dans l'interprétation du quatrième amendement, est le suivant: les perquisitions sans mandat effectuées dans des lieux privés sont présumées abusives, à moins qu'il ne soit possible de démontrer que la perquisition appartient à une catégorie restreinte d'exceptions fondées, pour la plus grande part, sur des cas de nécessité[75].

La raison pour laquelle on présume qu'un pouvoir de s'introduire et de perquisitionner, sans mandat, dans des lieux privés, a un caractère abusif, c'est que son exercice dépend des conclusions d'un agent de la paix, et non d'un représentant de l'ordre judiciaire, au sujet de l'existence de motifs raisonnables. [TRADUCTION] «C'est un représentant de l'ordre judiciaire, et non un policier ou un agent de l'administration chargé de l'application de la loi, qui doit en principe décider si le droit de perquisitionner doit l'emporter sur le droit à la vie privée[76]». Pour cette raison, la Commission préconise une interprétation semblable de l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'interdiction des fouilles, perquisitions et saisies abusives entraîne inévitablement, d'une façon implicite, une préférence pour les perquisitions effectuées en vertu d'un mandat, ce dernier étant délivré au préalable par un représentant de l'ordre judiciaire, sur la base d'une dénonciation faite sous serment.

Quant au mandat de main-forte, il constitue tout simplement un mécanisme de perquisitions et de saisies qui sont elles-mêmes en contradiction flagrante avec l'article 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Encourager sa survivance reviendrait à perpétuer un moyen d'effectuer des fouilles, perquisitions et saisies inconstitutionnelles.

5. Le mandat de main-forte: une insulte à la tradition du common law

Sur le caractère intrinsèquement inconstitutionnel des pouvoirs de perquisition liés au mandat de main-forte, la Commission ne peut, certes, faire davantage que de donner une opinion bien réfléchie. La question devra être résolue un jour par la Cour suprême du Canada ou par le Parlement lui-même. Que les pouvoirs de perquisition et de saisie liés au mandat de main-forte soient un jour déclarés constitutionnels ou inconstitutionnels, la Commission n'en préconise pas moins l'abolition du mandat, car il représente une atteinte au common law selon lequel, traditionnellement, les pouvoirs de perquisition sans mandat étaient restreints aux cas de nécessité ou de consentement donné en connaissance de cause.

Les tribunaux de common law ont toujours exigé des agents de l'État qu'ils justifient devant eux les pouvoirs qu'ils prétendent exercer. Ainsi, dans le contexte des pouvoirs de perquisition dans des lieux privés et de saisie des objets qui s'y trouvent, le common law s'est montré particulièrement enclin à protéger le droit à la vie privée des individus, en cherchant à s'assurer que les actions coercitives s'accomplissent dans tous les cas suivant le principe de la légalité. Cette attitude protectrice s'est entre autres traduite par l'imposition de responsabilités judiciaires aux personnes responsables de la délivrance des mandats de perquisition et ces responsabilités ont contribué à limiter l'exercice des pouvoirs de fouille et de perquisition aux cas qui le justifiaient. Outre les restrictions préalables contenues dans la procédure de délivrance des mandats, le common law a mis sur pied au sein des tribunaux un ensemble de recours rétroactifs. Mais le rôle du pouvoir judiciaire est toujours le même, peu importe qu'il intervienne avant ou après le fait: il s'agit d'assurer le respect des limites fixées au pouvoir du souverain par le principe de la légalité.

En common law, on considère que les restrictions préalables constituent un moyen de contrôle nettement préférable à l'examen rétroactif. Pour reprendre la formule consacrée, mieux vaut prévenir que guérir. C'est pourquoi, depuis longtemps, dans notre système, l'autorisation judiciaire préalable constitue une condition indispensable à la légitimité d'une perquisition ou d'une saisie; dans cette perspective, les perquisitions avec mandat représentent la règle, et les perquisitions sans mandat, l'exception.

Bien sûr, les exceptions sont sans doute plus importantes que la règle elle-même. Mais il s'agit néanmoins d'exceptions, peu importe leur nombre. En principe, le mandat de perquisition, et la protection qu'il accorde, demeure le moyen qui doit prévaloir pour autoriser une intrusion. On doit y avoir recours à moins qu'une raison majeure n'établisse la nécessité d'une exception. En common law, le pouvoir exceptionnel de perquisitionner sans mandat n'existe qu'en cas de nécessité reconnue ou de consentement donné en connaissance de cause.

Il n'est pas vraiment nécessaire d'insister sur l'exception du consentement. Qu'il suffise de dire qu'il est inutile pour les tribunaux d'autoriser la suspension des droits civiques ou de propriété d'une personne si cette dernière consent à une telle suspension. Mais quels sont, précisément, les cas de nécessité reconnus en common law?

Cette question mérite que l'on s'y attarde quelque peu. À tout le moins, le pouvoir de perquisition sans mandat peut être exercé en common law à l'égard d'une fouille pratiquée au moment d'une arrestation licite, lorsqu'il est raisonnablement prudent d'agir ainsi (a) en vue de découvrir une arme dissimulée ou tout autre objet susceptible d'être utilisé par le suspect pour s'infliger des blessures ou en infliger à d'autres personnes, ou pour l'aider à s'évader; ou (b) pour saisir ou préserver des éléments de preuve relatifs à l'infraction pour laquelle le suspect a été arrêté[77]; lorsqu'une personne est arrêtée dans des lieux privés, ce pouvoir comprend aussi la fouille immédiate de la partie des lieux qui se trouve sous son autorité. Le pouvoir de s'introduire dans des lieux afin d'empêcher la perpétration d'infractions dont on croit raisonnablement qu'elles sont susceptibles de causer un préjudice grave et immédiat à des personnes, a également été reconnu, jusqu'à un certain point, en common law[78]; et l'existence d'un pouvoir encore plus étendu, soit celui d'entrer dans des lieux privés afin d'empêcher une atteinte à l'ordre public, ou même d'empêcher la perpétration d'une infraction que l'on croit être imminente ou susceptible d'être perpétrée, a également été reconnue jusqu'à un certain point[79]. La certitude est cependant plus grande à l'égard de l'existence, en common law, du pouvoir, après un avis approprié, d'entrer dans des lieux privés, par la force et sans mandat, pour chercher et arrêter une personne désignée dans un mandat non exécuté, dont on a des motifs raisonnables et probables de croire à la présence sur les lieux[80].

Outre ces pouvoirs de fouille et de perquisition sans mandat prévus par le common law, il existe une autre catégorie d'exceptions à la règle générale selon laquelle les perquisitions doivent être effectuées en vertu d'un mandat. Plusieurs fois, le Parlement s'est prévalu de sa compétence législative souveraine pour donner, par des textes de loi, une extension aux pouvoirs de perquisition et de saisie sans mandat. Dans certains cas, telles les dispositions de l'article 101 du *Code criminel* qui régissent la perquisition en matière d'armes, la loi est simplement venue clarifier ou modifier des pouvoirs qui existaient déjà en common law. Dans d'autres, elle a créé de nouveaux pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie ou les a considérablement accrus.

Parmi les pouvoirs de cette nature les plus remarquables en droit canadien, on retrouve ceux qui sont conférés par les textes législatifs qui nous intéressent ici, soit la *Loi sur les douanes*, la *Loi sur l'accise*, la *Loi sur les stupéfiants* et la *Loi des aliments et drogues*[81].

On a cependant invoqué cette troisième exception à l'interdiction des perquisitions sans mandat pour justifier quantité de dispositions légales autorisant des inspecteurs de toutes sortes à entrer et perquisitionner, sans mandat, dans divers types de lieux, pour toutes sortes de fins. C'est ainsi que l'on trouve des régimes de perquisition sans mandat dans des lois aussi diverses que la *Loi sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs*[82], la *Loi sur l'aéronautique*[83], la *Loi sur les pêcheries*[84], et la *Loi sur les épizooties*[85].

En fait, les principes selon lesquels la perquisition en vertu d'un mandat est la règle et la perquisition sans mandat, l'exception, ont été tempérés à un tel point par des préoccupations de commodité qu'il conviendrait sans doute d'énoncer la règle dans les termes suivants: toute perquisition ou saisie est illégale à moins d'être effectuée en vertu d'un mandat, ou à défaut de mandat, à moins d'être effectuée dans l'une des circonstances suivantes:

a) en réaction à des cas, prévus par la loi, tellement graves et urgents qu'il est nécessaire et justifié de prendre des mesures immédiates, sans l'autorisation d'un mandat;

b) sur l'invitation ou avec le consentement de la personne devant être fouillée; et, dans le cas de lieux ou de véhicules, sur l'invitation ou avec le consentement de la personne qui occupe les lieux ou qui est responsable du véhicule; ou

c) en vertu d'une autorisation légale spécifique.

En bref, le pouvoir exceptionnel de perquisition sans mandat ne peut être exercé qu'en cas de nécessité reconnue ou de consentement, ou encore s'il est autorisé spécifiquement, par ailleurs, par un texte de loi.

Selon la Commission, il se peut que le champ de cette troisième exception (les cas où la perquisition sans mandat est autorisée, par ailleurs, par un texte de loi) doive être grandement restreint si l'on veut que les pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie soient véritablement conformes à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives contenue dans la *Charte*. En outre, la Commission recommande fermement que l'on respecte la tradition de common law selon laquelle les perquisitions et les saisies doivent être exercées en vertu d'un mandat, sauf en cas de nécessité reconnue ou de consentement donné en connaissance de cause. Cela ne veut pas dire que le pouvoir de perquisition sans mandat ne devrait jamais être conféré dans un texte de loi, par souci de commodité. Cela veut

plutôt dire que de tels pouvoirs constituent une atteinte aux traditions de common law et que, pour cette raison, les exceptions devraient être aussi rares que possible, ou à tout le moins que l'on ne devrait pas les laisser proliférer à tort et à travers.

Est-ce qu'il convient de suspendre les exigences relatives au caractère judiciaire et à la spécificité pour l'application des lois sur les douanes, l'accise, les stupéfiants et les drogues? Sur cette question, des personnes sensées peuvent évidemment avoir une opinion divergente. Les objectifs de la protection des revenus publics et de la suppression des drogues illicites peuvent se voir attribuer une importance différente selon les personnes interrogées. L'équilibre à atteindre entre les pouvoirs policiers et les libertés individuelles sera carrément déterminé par la valeur attribuée à ces objectifs. Pour certains, évidemment, rien ne peut justifier la suspension des restrictions traditionnelles rattachées aux pouvoirs de la police, si ce n'est une insurrection réelle ou appréhendée. Mais pour d'autres, et leur raisonnement est tout aussi logique, les objectifs de ces lois, à savoir la protection des revenus publics et la suppression des drogues illicites, sont bien proches du critère du «danger manifeste et immédiat» qui justifie la suspension des droits et libertés fondamentaux. La façon dont on tranchera le débat dépendra donc de la valeur que l'on attribue à ces objectifs législatifs d'une part et, de l'autre, de l'importance que l'on attache aux traditions de common law et à la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Selon nous, la protection des revenus publics et la suppression des drogues illicites n'entraîne pas nécessairement l'obligation d'instaurer un régime de perquisition sans mandat. Nous affirmons en fait que des lois qui dispensent l'État de justifier au préalable le recours à des pouvoirs de perquisition portant atteinte à la vie privée, des lois qui confèrent des pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie sans restriction temporelle ou spatiale ou à l'égard de l'emploi de la force, et n'ayant pas à être fondés sur des motifs raisonnables, sont inévitablement incompatibles avec les traditions du common law et avec nos aspirations constitutionnelles. À l'instar de la Commission de réforme du droit de l'Australie, nous croyons que de tels mécanismes de fouille, de perquisition et de saisie auraient dû être abolis depuis longtemps et nous en recommandons la suppression sans plus tarder[86].

6. L'inutilité du mandat de main-forte

Selon la Commission, il devrait être suffisant de dire que les mandats de main-forte permettent de se livrer à des fouilles, perquisitions et saisies anticonstitutionnelles et qu'ils constituent une insulte aux traditions du common law. Chacun de ces deux motifs peut en effet largement justifier l'abolition immédiate de ces mandats, que nous recommandons avec force.

La Commission sait évidemment que, dans certains milieux, on lui reprochera de n'avoir pas suffisamment tenu compte des problèmes que pose, dans la pratique, l'application des lois actuelles en matière de drogue, de douanes et d'accise. À cette objection, elle répond que le mandat de main-forte est un mécanisme inutile.

D'ailleurs, le gouvernement fédéral a reconnu, en 1978, l'inutilité des mandats de main-forte en matière de douanes et d'accise[87]. C'est pour ce motif que le ministre de la Justice de l'époque, l'honorable Ron Basford, avait annoncé l'abolition de ces mandats; les mandats en matière de stupéfiants et de drogues devaient cependant être maintenus, mais on y apporterait des modifications importantes sur le plan de la délivrance et de l'utilisation[88].

Nous considérons nous aussi que les mandats de main-forte en matière de douanes et d'accise sont inutiles et devraient par le fait même être abolis. Toutefois, nous nous opposons respectueusement au critère de nécessité invoqué par le Ministre et, par conséquent, à la décision de maintenir les mandats de main-forte pour ce qui est de l'application des lois relatives aux stupéfiants et drogues.

Quelle serait donc l'utilité de ces mandats de main-forte? Selon le ministre de la Justice et Procureur général du Canada de l'époque, il fallait tenir compte de trois grandes difficultés: l'influence universelle du syndicat du crime dans le trafic des stupéfiants, la facilité avec laquelle on transporte et vend illicitement des narcotiques et enfin, la difficulté d'obtenir un mandat de perquisition ordinaire dans un très court délai[89]. Mais même si l'on reconnaît l'importance de ces difficultés, on n'est pas obligé pour autant d'admettre la nécessité des mandats de main-forte dans l'application des lois relatives aux stupéfiants et drogues. En fait, la Commission estime respectueusement que ces difficultés témoignent, tout au plus,

de l'utilité et de la commodité du mandat de main-forte en tant que mécanisme de perquisition et de saisie, mais non de sa nécessité.

Lorsqu'elle parle de la nécessité du mandat de main-forte, la G.R.C. invoque habituellement la difficulté d'obtenir des mandats de perquisition ordinaires, étant donné le caractère d'urgence propre aux enquêtes en matière de drogues[90]. Les profits pouvant être tirés des drogues illégales attirent des trafiquants bien organisés et expérimentés; de ce fait, et comme les drogues illicites peuvent être facilement dissimulées, transportées et vendues, le temps représente un élément essentiel dans l'application de ces lois. Même si l'on facilitait l'accès aux juges de paix, le temps requis pour l'obtention d'un mandat risquerait fréquemment de compromettre le succès de l'enquête. Donc, dans les cas où le temps joue un rôle essentiel — et il semble que c'est ce qui arrive le plus souvent en matière d'application des lois sur les drogues — le mandat de perquisition constitue trop souvent une solution impraticable.

Pour sa part, la Commission estime que le critère de la nécessité doit être appliqué d'une façon plus rigoureuse. Bien sûr, l'utilité et la commodité du mandat de main-forte sont reconnues, mais ni l'une ni l'autre de ces vertus n'en fait un mécanisme indispensable. En réalité, l'utilité et la commodité du mandat de main-forte sont des avantages communs à tous les pouvoirs de perquisition sans mandat. Mais pour pouvoir être considéré comme un mécanisme indispensable, le mandat de main-forte doit être examiné à la lumière de critères plus rigoureux.

Selon la Commission, il est nécessaire, pour juger de la nécessité ou de l'inutilité des mandats de main-forte, de répondre à la question suivante : les objets de la *Loi sur les stupéfiants* et la *Loi des aliments et drogues* présentent-ils des problèmes d'application tellement sérieux qu'ils seraient impossibles à remplir sans un régime spécial de perquisitions sans mandat? En d'autres termes, y a-t-il des circonstances qui échappent à la règle voulant que les perquisitions doivent être autorisées par un mandat et qui ne sont pas visées non plus par les exceptions à cette règle, à savoir les cas de nécessité reconnue et de consentement donné en connaissance de cause?

Pour répondre à cette question, il sera utile, tout d'abord, de donner certains cas types habituellement invoqués pour démontrer la nécessité des mandats de main-forte[91].

[TRADUCTION]

Cas type n° 1:

Importation

On détecte un chargement de drogues à son arrivée à l'aéroport et l'adresse du destinataire et du consignataire sont fictives. On décide de procéder à une surveillance pour voir qui viendra réclamer les drogues et à quel endroit elles seront livrées. La G.R.C. n'apprend la destination ultime qu'après avoir suivi le messager chargé du transport des drogues. Pour être véritablement efficace, la perquisition doit avoir lieu dans les quelques minutes suivant le moment de la livraison des drogues, lorsque les suspects sont occupés à ouvrir les boîtes et que les financiers ou les patrons sont présents pour s'assurer qu'ils en ont bien reçu pour leur argent. Si l'on veut pouvoir effectuer la perquisition au meilleur moment possible, on n'a pas le temps d'obtenir un mandat de perquisition où serait désignée cette maison de rapport et il est nécessaire de recourir à un mandat de main-forte pour entrer dans les lieux et y perquisitionner ....

Cas type n° 2:

Un complot de trafic d'héroïne se trame dans la rue

On apprend qu'un trafiquant d'héroïne vend de la drogue dans une salle de billard de l'endroit. La G.R.C. décide donc de surveiller les lieux. Le trafiquant rencontre un héroïnomane dans la salle de billard et une transaction semble avoir lieu, car il y a échange d'argent et l'héroïnomane se met quelque chose dans la bouche. Suivi par l'équipe de surveillance de la G.R.C., l'héroïnomane quitte la salle de billard. Il est impossible de le fouiller dans la rue, car les héroïnomanes gardent toujours l'héroïne dans leur bouche et l'avalent si on les approche. On suit l'héroïnomane jusqu'à un garni des environs où il loue une chambre. Le temps devient maintenant un élément important, car les enquêteurs doivent fouiller le suspect pendant qu'il se prépare à l'injection: c'est en effet le seul moment où l'héroïnomane ne peut se débarrasser aisément de l'élément de preuve en l'avalant ou en le jetant aux cabinets. L'utilisation d'un mandat de main-forte est indispensable, car les enquêteurs doivent agir dans les trois à cinq minutes suivant l'entrée de l'héroïnomane dans la chambre. On n'a pas le temps d'obtenir un mandat de perquisition et il aurait été impossible de l'obtenir au début de l'enquête, car l'héroïnomane n'a loué la chambre qu'après avoir acheté l'héroïne ....

Cas type n° 3:

Livraison surveillée

De source fiable, on apprend qu'un paquet de cocaïne est arrivé par courrier de première classe au bureau de poste, à l'adresse d'un

trafiquant de drogues connu. La Loi sur les postes n'autorise pas les enquêteurs à ouvrir ou à manipuler le colis et par conséquent, il est impossible de substituer à la drogue une poudre inoffensive, ou même de prélever un échantillon aux fins d'analyse et de preuve. Grâce à des contacts avec des représentants du ministère des Postes, on connaît la date et l'heure approximative à laquelle le colis doit être livré. Le destinataire habite une grande conciergerie. Avant la livraison du colis, les enquêteurs de la G.R.C. obtiennent un mandat de perquisition[92] où est désigné l'appartement du suspect, et ils entreprennent la surveillance de la conciergerie. Le colis est livré par facteur et le présumé trafiquant l'accepte. Il est impossible d'effectuer une perquisition sur-le-champ, car pour établir la connaissance de la présence de drogues, il faut tout d'abord que le colis ait été ouvert. Étant donné que la conciergerie est fréquentée par des gens du milieu, les enquêteurs ne peuvent penser obtenir la collaboration du concierge ou des autres locataires. Il est donc impossible de faire une surveillance continuelle de la porte de l'appartement de l'accusé, bien que l'on surveille toutes les sorties de l'édifice. Après avoir laissé au suspect le temps d'ouvrir le colis (environ cinq à dix minutes), on entre dans l'appartement en vertu d'un mandat de perquisition. L'épouse du suspect s'y trouve, mais le suspect et le colis de drogue ont tous deux disparu. En interrogeant la femme, on apprend que le suspect a pris le colis et s'est rendu dans l'appartement voisin, chez un ami. Comme on n'a pas le temps d'obtenir un mandat de perquisition, on entre dans l'appartement de l'ami en vertu d'un mandat de main-forte. On y arrête le suspect et son ami, qui sont en train de jeter la cocaïne aux cabinets, car ils ont entendu les enquêteurs entrer dans l'autre appartement et savaient qu'ils viendraient également fouiller l'appartement de l'ami. On parvient à récupérer assez de drogue pour pouvoir accuser les deux personnes d'importation illégale de cocaïne. Si l'un des enquêteurs n'avait pas été détenteur d'un mandat de main-forte, il aurait été impossible d'intenter des poursuites, car la drogue aurait été détruite avant que l'on ait pu obtenir un mandat de perquisition.

Cas type n° 4:

La surveillance policière conduit à une perquisition

On sait qu'un important trafiquant de drogues se trouve dans une résidence (une maison d'habitation) et la police y effectue une surveillance pendant un certain laps de temps. On sait qu'il attend une livraison d'héroïne et qu'il s'est procuré les ingrédients et le matériel nécessaires pour diluer l'héroïne et pour la répartir en quantités d'une once ou en capsules destinées à la revente. De source fiable, on sait que deux de ses associés doivent arriver avec l'héroïne et l'aider à effectuer ces opérations. Comme il est impossible, en vertu de la Loi sur les stupéfiants, d'obtenir la délivrance d'un mandat avant que les drogues

arrivent à un certain endroit, il est essentiel de pouvoir recourir au mandat de main-forte pour entrer dans les lieux au moment le plus opportun, habituellement dans la demi-heure qui suit l'arrivée des drogues dans la maison. Comme le temps joue, il peut être impossible d'obtenir un mandat de perquisition en vue d'entrer dans les lieux au moment où les trois personnes s'y trouvent en possession de l'héroïne.

Cas type n° 5:

Préparation d'héroïne pour la revente

Des enquêteurs apprennent de source fiable que le trafiquant A dispose d'une grande quantité d'héroïne. Des perquisitions clandestines permettent de découvrir que la drogue est dissimulée dans le sous-sol (ou à un autre endroit) d'un grand immeuble d'habitation (ou à l'extérieur, sur le terrain). On remplace la drogue par une substance connue et l'on effectue une surveillance continuelle des lieux. À la demande du trafiquant A, B, un autre trafiquant bien connu, emporte les stupéfiants en vue de les mettre en sachets pour la revente dans la rue. Les policiers suivent B jusqu'au lieu de sa destination, une maison inconnue des policiers, où il rencontre les trafiquants A et C, ce dernier étant un autre membre de cette organisation de trafiquants. Quelque temps après l'arrivée des trois trafiquants sur les lieux, les policiers y pénètrent en vertu d'un mandat de main-forte et parviennent à arrêter trois importants trafiquants en possession de stupéfiants. Non seulement le temps joue-t-il un rôle important dans de telles situations, mais les cas de cette nature se produisent souvent très tôt le matin, et à une grande distance du juge de paix dont il faudrait obtenir la délivrance d'un mandat de perquisition.

Cas type n° 6:

Trafic d'héroïne à Edmonton

Trois membres d'une importante organisation de trafic de drogues ont été arrêtés à Edmonton après la saisie de 3 250 capsules d'héroïne, de dix livres de tétracaïne et de plus de 8 000 $. L'enquête a été longue et complexe, et les trafiquants ont été suivis pendant environ deux semaines. L'enquête s'est finalement terminée après qu'on eut vu l'un des trafiquants entrer dans sa chambre d'hôtel avec deux valises qui, croyait-on, renfermaient les drogues. Dès qu'il eut quitté la chambre, les policiers ont eu recours à un mandat de main-forte pour entrer légalement dans la chambre et pour s'assurer que les valises contenaient bien les drogues. Des échantillons ont été prélevés et l'on a maintenu une surveillance continuelle de la chambre. Peu après le retour des deux trafiquants, les policiers ont encore une fois eu recours à un mandat de main-forte pour entrer dans la chambre, effectuer les arrestations et saisir les stupéfiants. S'ils n'avaient pas été en possession de mandats

de main-forte, les policiers n'auraient eu qu'une heure et cinquante minutes pour obtenir un mandat de perquisition et vérifier la présence des drogues avant le retour des trafiquants. Le principal accusé dans ce complot pour trafic de drogues a été condamné à une peine d'emprisonnement de dix ans. Les poursuites ont été suspendues en ce qui concerne les deux autres accusés.

Cas type n° 7:

Trafic d'héroïne à Toronto

Une importante enquête sur des trafiquants d'héroïne a pris fin à Toronto par la saisie de dix livres d'héroïne dans une chambre d'hôtel et d'une autre quantité de quinze livres dans une maison privée. L'enquête a notamment consisté en des négociations entre un agent d'infiltration et un trafiquant, au sujet de l'achat d'héroïne. Les négociations finales ont eu lieu dans la chambre d'hôtel de l'agent; ensuite, ce dernier a quitté la chambre en compagnie du trafiquant pour aller chercher l'héroïne à un endroit inconnu. La police les a suivis jusqu'à la chambre louée par le trafiquant dans un autre hôtel et l'on a utilisé un mandat de main-forte en vue de pouvoir prendre des mesures immédiates pour protéger l'agent d'infiltration et saisir la drogue. En poursuivant l'enquête, on apprend où est situé le reste de l'héroïne et l'on utilise encore une fois un mandat de main-forte pour fouiller la maison d'habitation où elle se trouve, étant donné l'urgence de la situation et parce qu'il est impossible, à cette heure matinale, de rencontrer un juge de paix pour obtenir la délivrance d'un mandat de perquisition. Cette enquête a permis la condamnation à l'emprisonnement à vie d'un trafiquant d'héroïne de réputation internationale.

Même sans faire une étude approfondie de ces cas types, on peut voir facilement que le mandat de main-forte ne constitue pas un pouvoir de dernier ressort. Inexplicablement, les défenseurs du mandat de main-forte ne semblent pas comprendre que le paragraphe 450(1) du *Code criminel* permet d'entrer dans des lieux privés pour y effectuer une arrestation sans mandat[93]. La Commission fera des commentaires plus poussés sur la pertinence de ce pouvoir accessoire d'entrée lorsqu'elle aura terminé ses travaux sur les pouvoirs d'arrestation des policiers. Mais pour l'instant, il faut bien comprendre que le pouvoir d'arrestation sans mandat, assorti du pouvoir d'entrer dans des lieux et de fouiller des personnes au moment de leur arrestation, aurait suffi à autoriser toutes les perquisitions décrites dans les cas types cités ci-dessus, sauf une.

Ainsi, par exemple, les policiers, dans le cas type n° 1, auraient pu entrer dans les lieux (un garni, selon toute apparence) où le

messager, les financiers et les distributeurs étaient en train d'effectuer leur transaction. Les policiers auraient pu arrêter toutes ces personnes sur-le-champ[94] et, comme la loi le leur permet, les fouiller[95] et fouiller aussi les lieux sous leur pouvoir[96]. Et tout cela, sans qu'il soit besoin de recourir à un mandat d'arrestation, un mandat de perquisition ou encore un mandat de main-forte. En plus, les policiers n'auraient pas eu besoin, avant d'entrer dans les lieux, de préciser le but de leur présence et de demander la permission d'entrer, car ces formalités prévues par le common law n'ont pas à être respectées si, ce faisant, on risque la destruction ou la disparition des objets illégaux[97].

Après être entrés dans les lieux, avoir arrêté les suspects, les avoir fouillés ainsi que les lieux sous leur pouvoir, et ce, sans l'autorisation d'un mandat, les policiers auraient pu disposer de motifs raisonnables d'effectuer une fouille plus complète des lieux. Dans ce cas, les lieux étant protégés par suite de l'arrestation des occupants, rien n'empêcherait l'obtention d'un mandat de perquisition pour autoriser la fouille du reste des lieux.

Avec des modifications mineures, les pouvoirs d'arrestation sans mandat conférés par le paragraphe 450(1) du *Code criminel*, assortis des pouvoirs accessoires d'entrée et de fouille, auraient été suffisants pour autoriser toutes les fouilles de lieux d'habitation décrites dans les cas types cités, sauf une. Cette exception, qui se retrouve dans le cas type n° 6, c'est l'entrée clandestine[98].

Le lecteur se rappellera que dans le cas type n° 6, on avait vu un trafiquant entrer dans sa chambre d'hôtel avec deux valises dans lesquelles la police croyait que des drogues pouvaient se trouver. Pendant la période d'une heure et cinquante minutes au cours de laquelle le trafiquant avait quitté sa chambre, les policiers y sont entrés, manifestement en vertu d'un mandat de main-forte, afin de vérifier leurs soupçons au sujet du contenu des valises. Après avoir vérifié la justesse de leurs soupçons, les policiers ont surveillé la chambre d'hôtel jusqu'au retour des trafiquants; ils sont alors entrés de nouveau dans la chambre en recourant à un mandat de main-forte, ont arrêté les suspects et saisi la drogue.

Bien sûr, on peut admettre qu'il aurait été difficile pour les policiers d'obtenir un mandat de perquisition en vue de la première de leurs entrées pendant la période d'une heure et cinquante minutes dont ils disposaient[99]. Et surtout, on peut avoir de très sérieux doutes

sur la possibilité d'obtenir un mandat de perquisition en vue d'autoriser l'entrée clandestine décrite dans le cas type n° 6. Le but de cette entrée, on s'en souviendra, était de vérifier le bien-fondé des soupçons des enquêteurs à propos de la présence de drogues sur les lieux. De simples soupçons ne peuvent constituer la croyance raisonnable requise pour l'obtention d'un mandat de perquisition. Il n'existe tout simplement aucun texte de loi ni aucune règle de common law pouvant autoriser de telles entrées ou recherches, qu'elles soient clandestines ou non, si elles sont effectuées en vue de vérifier le bien-fondé des doutes d'un enquêteur, ou pour transformer un simple soupçon en une croyance raisonnable[100].

Allons un peu plus loin, et supposons que la police, dans l'exemple cité, avait des motifs raisonnables et suffisants de croire que des drogues se trouvaient sur les lieux; en d'autres termes, posons l'hypothèse qu'ils auraient pu obtenir un mandat en vertu de la loi. Ils ne cherchaient plus tout simplement à confirmer leurs soupçons, ils tenaient à entrer dans les lieux d'une façon clandestine pour éviter d'inquiéter les suspects et de risquer ainsi de compromettre l'enquête, s'il n'y avait pas de drogue sur les lieux.

La Commission est disposée à reconnaître que, sous réserve de l'existence de motifs raisonnables de croire à la présence de stupéfiants ou de drogues sur les lieux, la *Loi sur les stupéfiants* et la *Loi des aliments et drogues* autorisent toutes deux une entrée clandestine en vertu d'un mandat de perquisition ou d'un mandat de main-forte[101]. La Commission fait toutefois remarquer que lorsque les lieux sont inoccupés, il n'y a aucun risque de destruction ou d'enlèvement des substances illégales. Manifestement, ce risque ne peut exister que lorsque les suspects se trouvent sur les lieux *et* qu'ils sont en possession des substances interdites. Pour quelle raison, alors, serait-il nécessaire de recourir à un mandat de main-forte? Si les suspects *et* les substances interdites se trouvent sur les lieux, les policiers peuvent y entrer, y arrêter les suspects et y saisir les objets en cause, sans avoir à recourir à un mandat de main-forte. Si les substances interdites se trouvent sur les lieux mais que les suspects ne s'y trouvent pas, les policiers ont trois solutions à leur disposition : ils peuvent obtenir un mandat de perquisition et saisir les substances interdites; ils peuvent obtenir un mandat de perquisition mais en suspendre l'exécution jusqu'au retour des suspects; ou ils peuvent attendre le retour des suspects et s'appuyer sur le pouvoir que leur confère la loi d'effectuer des arrestations sans mandat, ainsi que sur les pouvoirs accessoires d'entrer et de fouiller des personnes au moment de leur arrestation.

Pour ces raisons, la Commission arrive à la conclusion que les objectifs visés par la *Loi sur les stupéfiants* et la *Loi des aliments et drogues* ne présentent pas de difficultés d'application particulières telles que, sans l'existence du mandat de main-forte, il serait impossible d'atteindre ces objectifs. Pour répondre à la question posée précédemment, nous refusons d'admettre que certaines circonstances échappent à la règle voulant que les perquisitions doivent être autorisées par un mandat, et ne sont pas visées non plus par les exceptions à cette règle, soit les cas de nécessité reconnue et de consentement donné en connaissance de cause.

7. Conclusion et recommandations

La Commission a expliqué dans le présent rapport que le mandat de main-forte permet de se livrer à des fouilles, perquisitions et saisies anticonstitutionnelles, qu'il est une insulte aux traditions du common law et qu'il est inutile. Pour toutes ces raisons, donc,

Nous recommandons l'abolition immédiate du mandat de main-forte, par des modifications à la *Loi sur les stupéfiants*, la *Loi des aliments et drogues*, la *Loi sur les douanes* et la *Loi sur l'accise*.

Nous recommandons en outre que tous les mandats de main-forte présentement en vigueur soient immédiatement soumis à l'Administrateur de la Cour fédérale du Canada en vue de leur annulation immédiate.

Nous recommandons en outre la modification du paragraphe 134(1) de la *Loi sur les douanes* afin de permettre la délivrance de mandats de perquisition pouvant être exécutés de jour ou, sur présentation de motifs raisonnables, de nuit; nous recommandons également l'abrogation du paragraphe 134(3) de la *Loi sur les douanes*, de façon à abolir le pouvoir des préposés de pénétrer dans une maison sans mandat lorsqu'aucun juge de paix ne peut être trouvé dans un rayon de cinq milles des lieux où doit avoir lieu la perquisition[102].

ANNEXE:

Exemples

de mandats de main-forte

1. *Loi sur les stupéfiants* 53

2. *Loi des aliments et drogues* 54

3. *Loi sur les douanes* 55

4. *Loi sur l'accise* 56

In the Federal Court of Canada

T-665-76 (14)

Trial Division

Elizabeth 11, *by the Grace of God of the United Kingdom, Canada and Her Other Realms and Territories Queen, Head of the Commonwealth, Defender of the Faith*

To . X .....
A member of the Royal Canadian Mounted Police

GREETING:

You are hereby authorized and empowered, pursuant to subsection (3) of Section 10 of the *NARCOTIC CONTROL ACT*, aided and assisted by such person as you may require, at any time, to enter any dwelling house and search for narcotics.

Issued under the authority of a Judge of our Federal Court of Canada, at Ottawa, this 23rd day of February in the year of our Lord one thousand nine hundred and seventy-six and in the 25th year of our Reign.

Cour Fédérale du Canada

Division de Première Instance

Elisabeth 11, *par la grâce de Dieu, Reine du Royaume-Uni, du Canada et de ses autres royaumes et territoires, Chef du Commonwealth, Défenseur de la Foi*

A . X .....
Un membre de la Gendarmerie Royale du Canada

SALUT:

Vous êtes autorisé et habilité par les présentes, conformément au paragraphe (3) de l'article 10 de la LOI SUR LES STUPEFIANTS, aidé et assisté de tel individu que vous pouvez requérir, à entrer à toute heure dans une maison d'habitation quelconque pour y découvrir des stupéfiants.

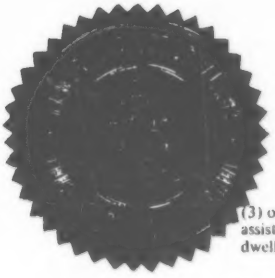
Délivré en vertu de l'autorité d'un juge de notre Cour fédérale du Canada, à Ottawa, ce 23 ~~ème~~ jour de février en l'an de grâce mil neuf cent soixante-seize , dans la 25e année de notre Règne.

.....Marcel A.J. Dompierre (Signed).....
Registry Officer — Fonctionnaire du Greffe

In the Federal Court of Canada

Trial Division

Elizabeth 11, *by the Grace of God of the United Kingdom, Canada and Her Other Realms and Territories Queen, Head of the Commonwealth, Defender of the Faith* T-3-76(35)



To X .....

A member of the Royal Canadian Mounted Police

GREETING

You are hereby authorized and empowered, pursuant to subsection (3) of section 37 and section 45 of the FOOD AND DRUGS ACT, aided and assisted by such person as you may require, at any time, to enter any dwelling house and search for controlled drugs and restricted drugs.

Issued under the authority of a Judge of our Federal Court of Canada, at Ottawa, this 8th day of January in the year of our Lord one thousand nine hundred and seventy-six and in the 24th year of our Reign.

Cour Fédérale du Canada

Division de Premiere Instance

Elisabeth 11, *par la grâce de Dieu, Reine du Royaume-Uni, du Canada et de ses autres royaumes et territoires, Chef du Commonwealth, Défenseur de la Foi*

A X .....

Un membre de la Gendarmerie Royale du Canada

SALUT

Vous êtes autorisé et habilité par les présentes conformément au paragraphe (3) de l'article 37 et à l'article 45 de la LOI DES ALIMENTS ET DROGUES, aidé et assisté de tel individu que vous pouvez requérir, à entrer à toute heure dans une maison d'habitation quelconque pour y découvrir des drogues contrôlées ou des drogues d'usage restreint.

Délivré en vertu de l'autorité d'un juge de notre Cour fédérale du Canada, à Ottawa, ce 8ieme jour de janvier en l'an de grâce mil neuf cent soixante-seize, dans la 24e année de notre Règne.

.....

Registry Officer — Fonctionnaire du Greffe

Court No. T-1306-73 (2)
NO. DE LA COUR

IN THE FEDERAL COURT OF CANADA

TRIAL DIVISION

ELIZABETH II, the by Grace of God of the United Kingdom, Canada and Her Other Realms and Territories Queen, Head of the Commonwealth, Defender of the Faith.

To X , a Customs officer;

GREETING:

You are hereby authorized, pursuant to section 145 of the Customs Act, to enter, at any time in the day or night, into any building or other place within the jurisdiction of this Court, to search for and seize and secure any goods which you have reasonable grounds to believe are liable to forfeiture under the Customs Act, and, in case of necessity, to break open any doors and any chests or other packages for that purpose.

Witness a Judge of our Federal Court of Canada, at Ottawa, this 6th day of April in the year of our Lord one thousand nine hundred and seventy-three and in the twenty-second year of our Reign.

DIVISION DE PREMIÈRE INSTANCE DE LA COUR FÉDÉRALE DU CANADA

ÉLISABETH DEUX, par la Grâce de Dieu, Reine du Royaume-Uni, du Canada et de ses autres royaumes et territoires, Chef du Commonwealth, Défenseur de la Foi.

À X , fonctionnaire des douanes.

SALUT:

Vous êtes autorisé par les présentes, en vertu de l'article 145 de la Loi sur les Douanes, d'entrer en n'importe quel temps de jour ou de nuit, dans tout bâtiment ou autre lieu, qui relève de la juridiction de cette Cour, pour y chercher, saisir, et mettre en sûreté tous effets que vous avez des motifs raisonnables de supposer possibles de confiscation en vertu de la Loi sur les Douanes, et en cas de nécessité, vous pouvez, dans ce but, enfoncer les portes et briser les coffres et autres colis.

Témoin, un Juge de la Cour Fédérale du Canada, à Ottawa, ce 6ième jour d'avril en l'an de grâce mil neuf cent soixante-treize et la vingt-deuxième année de notre Règne.

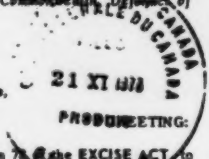
(S) (SGD) T.J.L. Howard

Registry Officer
Fonctionnaire du greffe

COURT No.
No DE LA COUR T-4740 73

In the Federal Court of Canada
Trial Division

Elizabeth 11, *by the Grace of God of the United Kingdom, Canada and Her Other Realms and Territories Queen, Head of the Commonwealth, Defender of the Faith.*



To X

a member of the Royal Canadian Mounted Police Force,

PRODUCETING:

You are hereby authorized, pursuant to Section 78 of the EXCISE ACT, to enter, in the night time, if accompanied by a peace officer, and in the day time without being so accompanied, any building or other place, to search for, seize and secure any goods or things liable to forfeiture under the EXCISE ACT, and in case of necessity, to break open any entrance or other doors, walls, floors, windows or gates and any chests or other packages for that purpose.

Witness a Judge of our Federal Court of Canada, at Ottawa, this 21st day of November in the year of our Lord one thousand nine hundred and seventy-three and in the 22nd year of our Reign.

. . . . . .

Division de première instance de la Cour Fédérale du Canada

Elisabeth Deux, *par la Grâce de Dieu, Reine du Royaume-Uni, du Canada et de ses autres royaumes et territoires, Chef du Commonwealth, Défenseur de la Foi.*

Au X

membre de la Gendarmerie royale du Canada,

SALUT:

Vous êtes autorisé par les présentes, en vertu de l'article 78 de la LOI SUR L'ACCISE d'entrer de nuit, si vous êtes accompagné d'un agent de la paix, et de jour sans être ainsi accompagné, dans tout bâtiment ou autre lieu, pour y perquisitionner, saisir et mettre en sécurité toutes marchandises ou choses passibles de confiscation en vertu de la LOI SUR L'ACCISE, et en cas de nécessité, vous pouvez ouvrir de force les entrées ou autres portes, démolir les murs, planchers, fenêtres ou barrières et défoncer les coffres ou autres colis à cet effet.

Témoin, un Juge de la Cour Fédérale du Canada, à Ottawa, ce 21ième jour de novembre en l'an de grâce mil neuf cent soixante-treize 22ième année de Notre règne.

DEPUTY CLERK OF PROCESS
Registry Officer
Fonctionnaire du greffe

Renvois

1. *An Act for preventing Frauds, and regulating Abuses in his Majesty's Customs* (ci-après désigné: *Act of Frauds*), 1662, 13 & 14 Charles II, chap. 11, par. 5(2).

2. Pour une analyse plus approfondie de ce que le mandat de main-forte de 1662 n'était pas, voir M. H. Smith, *The Writs of Assistance Case*, Berkeley, University of California Press, 1978, notamment p. 31 à 40 et p. 401-402.

3. Sir Edward Coke, *Third Institute*, p. 162; cité et analysé par Smith, précité, note 2, p. 32-33.

4. Smith, précité, note 2, p. 38-39. L'auteur reconnaît à William De Grey, procureur général de l'Angleterre, le mérite d'avoir bien compris la nature fondamentale du mandat de main-forte. L'auteur cite l'opinion de De Grey, datée du 20 août 1768, [TRADUCTION] «au sujet de la délivrance des mandats de main-forte en Amérique»:

   > [TRADUCTION]
   > Le pouvoir du préposé du bureau de douane ... lui est conféré par une Loi du Parlement, et non par le mandat dont le seul but est de faciliter l'exercice de ce pouvoir, en faisant de la désobéissance au mandat un outrage au tribunal; le mandat ne fait qu'ordonner à tous les sujets de permettre l'exercice de ce pouvoir et d'y prêter main-forte. *Le mandat est une notification de l'identité du détenteur aux constables et autres personnes visés par le mandat, et constitue pour les sujets une sauvegarde à l'encontre de ceux qui pourraient tenter d'usurper ces pouvoirs.* (*Ibidem*, p. 38 — C'est nous qui soulignons)

   Le texte intégral de cette opinion est reproduit à l'annexe A de l'ouvrage de Smith, précité, note 2, p. 520.

5. M. H. Smith s'est admirablement bien acquitté de la tâche d'identifier et de supprimer les ambiguïtés qui ont existé entre le mandat de main-forte et le mandat de perquisition. Voir Smith, précité, note 2, notamment p. 37 à 40.

6. *Ibidem*, p. 401-402.

7. *Ibidem*, p. 31-32 et 39.

8. *Ibidem*, p. 307-308.

9. Pour une étude du rôle qu'a joué le mandat de main-forte dans les colonies d'Amérique d'avant la révolution, voir Smith, précité, note 2.

9a. M. Duverger, *Constitutions et documents politiques*, 8e éd. mise à jour, Paris, P.U.F., 1978 (coll. Thémis).

10. Ce critère, «interdits et introduits en contrebande», de même que la formule plus large qui lui fut substituée par la suite, «interdits *ou* introduits en contrebande», a une longue histoire. Voir Smith, précité, note 2, p. 27, 42, et 45 à 50. En résumé, il semble que la principale raison de l'adoption de ce double critère soit l'affermage des douanes, qui eut lieu l'année précédente. Ainsi, la perception des droits devint une question d'intérêt privé à partir de 1661 et le demeura jusqu'en 1671. Dans ces conditions, un texte de loi permettant à des douaniers «privés» de s'introduire dans les maisons d'habitation, à seule fin de rechercher des biens à l'égard desquels les droits n'avaient pas été acquittés, aurait été trop draconien pour la mentalité de l'époque. Par conséquent, pour que les perquisitions douanières dans les maisons d'habitation puissent être autorisées, il fallait que les objets saisissables soient définis de façon que leur saisie soit une question d'intérêt public. Voici l'explication que donne Smith, précité, note 2, p. 42 et 47-48:

> [TRADUCTION]
> C'était une chose que d'établir un mode de perception des douanes portant atteinte au droit à la vie privée lorsque cela était fait directement et exclusivement dans l'intérêt public. C'en était une autre lorsque le principal intérêt en cause était essentiellement privé .... Le pouvoir de perquisitionner en matière douanière, afin de rechercher des biens interdits, était inattaquable, sinon souhaitable, puisque les interdictions étaient une question d'intérêt exclusivement public. En revanche, le non-paiement des droits de douanes constituait un préjudice purement privé, à l'égard duquel il était beaucoup plus difficile de cautionner de telles atteintes aux droits privés des autres citoyens.

11. Bien que le mandat de main-forte et le mandat de perquisition fussent des instruments de perquisition et de saisie distincts, il semble que ces dernières caractéristiques aient été ajoutées au mandat de main-forte

afin que les modalités d'utilisation de celui-ci correspondent le plus possible aux exigences du common law concernant le mandat de perquisition, c'est-à-dire qu'il soit exécuté de jour et qu'il soit adressé à des constables ou à d'autres fonctionnaires publics, plutôt qu'à des particuliers.

Sur ce point, et sur le rôle qu'a joué Sir Matthew Hale dans l'identification (ou la création) de ces restrictions imposées par le common law à l'égard des perquisitions et des saisies avec mandat, voir Smith, précité, note 2, p. 26-27.

12. Cette doctrine avait été sanctionnée dans la loi douanière (*An Act to prevent Fraudes and Concealments of His Majestyes Customs and Subsidyes*, 1660, 12 Charles II, chap. 19) qui précéda immédiatement l'*Act of Frauds* de 1662. Le mandat de perquisition en matière douanière instauré en 1660, et dont l'existence devait être très courte, était, aux termes de l'article 4 de la loi, soumis à la condition suivante:

> [TRADUCTION]
> En outre, si la dénonciation par suite de laquelle une maison est fouillée se révèle fausse, la partie lésée peut exiger des dommages-intérêts du dénonciateur, au moyen d'une action pour atteinte intentée contre celui-ci.

À l'article 3, la loi de 1660 énonçait qu'elle devait cesser d'être en vigueur [TRADUCTION] «à la fin de la première session du prochain Parlement». Par ailleurs, une loi de 1825 (*An Act to repeal the Several Laws relating to the Customs*, 1825, 6 Georges IV, chap. 105), qui abrogeait 442 textes de loi en matière douanière, porta le coup de grâce à la loi de 1660.

Malgré le caractère éphémère de la loi qui la sanctionnait, la doctrine de la «justification *a posteriori*» constituait par ailleurs une manifestation de la répugnance que l'on éprouvait, en common law, à autoriser les atteintes à la vie privée susceptibles d'engendrer des violations de la paix. On trouve dans l'ouvrage intitulé *History of the Pleas of the Crown* (1736), de Sir Matthew Hale, la formulation la plus concise de cette doctrine:

> [TRADUCTION]
> Si les biens ne se trouvent pas dans la maison, il semble que l'on doive excuser l'agent qui a forcé la porte, puisqu'il agissait en vertu d'un mandat et ne pouvait savoir, avant d'effectuer la perquisition, si les biens s'y trouvaient. En revanche, il semble que la personne qui a prétendu que les biens s'y trouvaient doive être punie dans un tel cas, puisqu'en ce qui la concerne, la légalité de la violation du domicile est déterminée *a posteriori*: elle est légale si les biens s'y trouvent, et illégale dans le cas contraire. (Vol. II, p. 151)

Au dix-septième siècle, en Angleterre, cette doctrine avait une portée générale, et avait pour effet de punir le dénonciateur lorsqu'une perquisition effectuée en vertu d'un mandat de perquisition ou d'un mandat de main-forte s'avérait infructueuse. Elle s'appliquait même au cas où une saisie ne donnait pas lieu à une ordonnance de confiscation. Pendant une bonne partie du dix-huitième siècle dans le cas des perquisitions avec mandat, et pendant au moins une bonne partie du dix-neuvième siècle dans le cas des perquisitions et des saisies effectuées en vertu d'un mandat de main-forte, la personne qui se livrait à un tel acte susceptible de troubler la paix devait, en vertu du common law, agir avec une certitude presque absolue. Par exemple, voici le commentaire du juge en chef De Grey dans l'affaire *Bostock* v. *Saunders* (1773), 96 E.R. 539, p. 540, où il s'agissait d'une action pour atteinte contre un agent d'accise qui avait perquisitionné sans succès [TRADUCTION] «en vertu d'un mandat de perquisition délivré à sa demande par deux commissaires»:

> [TRADUCTION]
> Cependant, les soupçons doivent être très bien fondés afin de justifier que l'on s'introduise dans une maison sans le consentement du propriétaire. La maison de chacun est pour lui son château. Lord Hale (2 *H.P.C.* 150) a établi les conditions qui doivent être remplies lors de l'exécution d'un mandat de perquisition, même suivant le common law: 1) il doit y avoir une déclaration assermentée; 2) des motifs doivent avoir été exposés; 3) le mandat doit être exécuté de jour; 4) il doit être exécuté par un officier connu; 5) l'exécution doit avoir lieu en présence du dénonciateur. Pourtant, même si toutes ces conditions ont été observées, le dénonciateur reste passible de poursuites si rien n'est trouvé. Sa dénonciation doit être justifiée *a posteriori* .... En matière de douanes, en vertu de la loi (12 Charles II, chap. 19), les barons de l'Échiquier peuvent donner le pouvoir de perquisitionner de jour. Et la personne ainsi munie d'un mandat de main-forte peut perquisitionner de jour si elle est accompagnée d'un agent de la paix. Mais lors d'une action pour atteinte, le dénonciateur ne peut être justifié que par le résultat de la perquisition.

La décision rendue dans l'affaire *Bostock* v. *Saunders* a subséquemment été infirmée dans l'affaire *Cooper* v. *Booth* (1785), 170 E.R. 564, du moins dans la mesure où elle avait pour effet d'appliquer la doctrine de la justification *a posteriori* aux perquisitions effectuées en vertu d'un mandat délivré par un magistrat. Or, certaines dispositions législatives prévoyaient expressément que dans de tels cas, les mandats ne pouvaient être délivrés que sur la foi d'une déclaration assermentée faisant état de motifs raisonnables. Voici le commentaire fait par lord Mansfield dans l'affaire *Cooper* v. *Booth*, p. 568: [TRADUCTION] «la Loi est entièrement conçue pour le cas de

circonstances plausibles; or, l'opposition [suivant laquelle l'agent d'accise, soit parce qu'il obtient le mandat, soit parce qu'il l'exécute, est passible de poursuites pour atteinte en cas de perquisition infructueuse] exige une certitude formelle». Toutefois, en *obiter dictum*, lord Mansfield a soulevé la question de l'applicabilité de la doctrine de la justification *a posteriori* aux perquisitions et aux saisies effectuées en vertu d'un mandat de main-forte:

> [TRADUCTION]
> Voici la distinction que j'ai toujours faite: afin de justifier l'emploi d'un mandat de main-forte, l'agent doit trouver les biens qu'il recherche; en revanche, l'emploi du mandat de perquisition se justifie même si la perquisition est infructueuse. (*Ibidem*, p. 565)

Quoi qu'il en soit, les rigueurs de la doctrine de la justification *a posteriori* avaient été assouplies dans le cas des perquisitions et des saisies en vertu d'un mandat de perquisition, par une loi de 1746 (19 Georges II, chap. 35) [TRADUCTION] «dans la mesure où le fait pour le tribunal d'être convaincu de l'existence d'une cause plausible à la saisie constituait une fin de non-recevoir à l'égard de l'action en dommages-intérêts». (Smith, précité, note 2, p. 13, n. 9)

Cette doctrine semble toutefois avoir continué à s'appliquer au mandat de main-forte, censément parce que l'on croyait en général que les préposés des douanes agissaient, sinon dans leur propre intérêt privé, du moins par suite de leur propre dénonciation. Quelle qu'en soit la raison, aussi tard qu'en 1830, le lord juge en chef Tenterden affirmait, dans l'affaire *R.* v. *Watts and Watts*, 109 E.R. 749, p. 753, que la législation douanière prévoyant les mandats de main-forte ne conférait pas [TRADUCTION] «le pouvoir général et inconditionnel de perquisitionner», mais que l'entrée et la perquisition devaient être justifiées d'une façon ou d'une autre. En l'espèce, lord Tenterden refusa de spécifier la nature exacte de la justification nécessaire, mais signala trois possibilités:

> [TRADUCTION]
> à savoir ... si l'acte du préposé ne peut être justifié qu'*a posteriori*, si l'acte est justifié dans la mesure où le préposé a agi pour des motifs raisonnables qu'il est en mesure de prouver, afin de se justifier au procès, ou enfin, si le préposé peut justifier son acte en prouvant que les biens de contrebande se trouvaient dans la maison lorsqu'il y est entré. Il n'est pas opportun de trancher ces questions pour le moment .... (*Ibidem*, p. 753)

13. *Leglise* v. *Champante* (1728), 93 E.R. 871: [TRADUCTION] «... dans de tels cas [la perception des douanes au moyen d'un mandat de main-forte], le préposé agit à ses risques et périls, et ... l'existence d'une cause plausible ne constitue pas un moyen de défense».

14. [TRADUCTION]«Lorsqu'une plainte est déposée sous serment concernant des biens volés, s'il soupçonne que les biens se trouvent dans une maison donnée, et montre les motifs sur lesquels reposent ses soupçons, le juge de paix peut délivrer un mandat l'autorisant à perquisitionner à l'endroit spécifié dans le mandat ...». (Hale, précité, note 12, p. 113)

Même si le *Pleas of the Crown* ne fut publié qu'en 1736, c'est-à-dire environ soixante ans après la mort de Hale, on peut présumer que les conditions qu'il a associées aux entrées effectuées en vertu d'un mandat de perquisition reflétaient les règles du common law en vigueur lorsque le mandat de main-forte fut créé en 1662. Voir Smith, précité, note 2, p. 338.

15. Toutefois, Smith souligne, à juste titre, qu'avant les années 1760, très peu de décisions judiciaires établissaient de façon claire comment, en particulier, il convenait de limiter la portée des mandats de perquisition en ce qui avait trait aux lieux visés. À part une remarque de Hale suivant laquelle [TRADUCTION] «le mandat général permettant de perquisitionner dans tout endroit à l'égard duquel la partie ou le préposé ont des soupçons, même s'il est employé fréquemment, n'est pas très sûr» (Smith, précité, note 2, p. 338), il existait peu de doctrine importante à l'encontre des mandats de portée générale, jusqu'à ce que ceux-ci soient définitivement condamnés dans l'affaire *Entick* v. *Carrington* (1765), 5 E.R. 807. Voir Smith, précité, note 2, p. 241.

16. Cette antinomie entre le mandat de main-forte et le mandat de perquisition, en ce qui concerne les caractères judiciaire et spécifique, est d'autant plus remarquable eu égard à l'hypothèse fort plausible de Smith, suivant laquelle la création du mandat de main-forte est attribuable à Sir Matthew Hale. À tout le moins sommes-nous forcés de reconnaître, à l'exemple de Smith, que le mandat de main-forte n'aurait pu être introduit sans la connaissance et l'approbation du baron en chef de la Cour de l'Échiquier qui, en 1662, n'était autre que sir Matthew Hale. Voir Smith, précité, note 2, p. 40.

17. Smith, précité, note 2, p. 512 à 517.

18. Douanes 29/1: Directive intitulée [TRADUCTION] «Dénonciations et dénonciateurs», le 9 juin 1710 et citée dans Smith, précité, note 2, p. 517, n. 9.

19. *Act for preventing Frauds and Abuses in the publick Revenues*, 6 Georges I, chap. 21; cité dans Smith, précité, note 2, p. 513.

20. Henry Crouch, *Complete Guide to the Officers of His Majesty's Customs in the Outports*, Londres, 1732, p. 280; cité dans Smith, précité, note 2, p. 513 et 514.

21. Smith, précité, note 2, p. 517.

22. Le juge Blackstone, dans l'affaire *Bostock* v. *Saunders* (1773), 96 E.R. 539, p. 540.

23. Voir la note 9 ci-dessus.

24. Lors de la préparation du présent rapport, la question de la légalité des mandats de main-forte, au regard des dispositions de l'article 8 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n'avait pas encore été tranchée par les tribunaux. Ces dispositions prévoient que «[c]hacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives».

25. *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1; *Loi des aliments et drogues*, S.R.C. 1970, chap. F-27; *Loi sur les douanes*, S.R.C. 1970, chap. C-40; *Loi sur l'accise*, S.R.C. 1970, chap. E-12.

26. Cette position a été reconnue pour la première fois par la jurisprudence canadienne dans l'affaire *Willinsky* v. *Anderson* (1909), 19 O.L.R. 437, dans laquelle on avait intenté une action pour poursuites abusives relativement à un mandat de perquisition qui avait prétendument été délivré et exécuté de façon abusive et illégale. Après avoir déterminé que la délivrance des mandats de perquisition impliquait l'exercice d'un pouvoir judiciaire, la Haute Cour de Justice de l'Ontario s'est déclarée compétente pour connaître de la demande de *certiorari*, et a invalidé le mandat.

    Dans l'affaire *Willinsky*, plusieurs décisions britanniques ont été citées afin de démontrer la nature judiciaire de la procédure de délivrance du mandat de perquisition: *Elsee* v. *Smith* (1822), 1 D.& R. 97; *Grainger* v. *Hill* (1838), 4 Bing N.C. 212; 132 E.R. 769; *Hope* v. *Evered* (1886), 17 Q.B.D. 338. C'est sans doute dans l'affaire *Webb* v. *Ross* (1859), 4 H. & N. 111; 157 E.R. 778, que l'on trouve la formulation la plus claire de cette position, sous la plume du baron Martin, à la page 780: [TRADUCTION] «La délivrance du mandat de perquisition est un acte à la fois exécutif et judiciaire».

27. 1 Anne, 1701, chap. 8, dans [1699-1713] *Statutes at Large* 91.

28. Voir Smith, précité, note 2, p. 35.

29. Les mandats de main-forte en matière de douanes et d'accise existaient déjà au Canada sous l'Empire britannique avant la Confédération et ont simplement été repris dans toutes les lois relatives aux douanes et à l'accise qui ont été adoptées par la suite. Le mandat de main-forte en matière de stupéfiants fut introduit en 1929 et

ce n'est qu'en 1961 que fut introduit le mandat en matière d'aliments et de drogues.

En ce qui concerne l'adjonction de ces mandats aux dispositions relatives à la mise en application de la législation sur les stupéfiants, il est intéressant de noter que la loi de 1929 modifiant la *Loi de l'opium et des drogues narcotiques* n'a suscité aucun débat parlementaire relativement aux pouvoirs de perquisition et de saisie dont sont investis les détenteurs du mandat. En effet, les parlementaires étaient plus préoccupés par l'application, d'une façon générale, de la loi aux médecins et aux pharmaciens et par la peine du fouet prévue comme sanction pour différentes infractions en vertu de cette loi. (*Débats* de la Chambre des communes, 12 et 15 février 1929, 61 et 151) Avant 1929, la loi n'imposait la peine du fouet que lorsque l'infraction en question était la vente ou la distribution de drogues à des personnes mineures. Après 1929, toute condamnation, par voie de mise en accusation, pour importation, exportation, vente, manufacture ou possession illégales de stupéfiants entraînait, entre autres, une peine de fouet «à la discrétion du juge». (*Loi de l'opium et des drogues narcotiques*, S.C. 1929, 19 & 20 Geo V, chap. 49, art. 4)

Vu ces préoccupations d'une part et, parce que, d'autre part, le projet de loi était, selon son parrain l'honorable J. H. King (Kootenay), qui était alors ministre des Pensions et de la Santé nationale, «d'une nature technique», ces modifications furent renvoyées le 15 février 1929, après la deuxième lecture, à un comité spécial pour être étudiées article par article. Le 10 mai 1929, le projet de loi fut étudié de nouveau, cette fois par la Chambre des communes en comité plénier. Encore une fois, les parlementaires s'inquiétèrent surtout au sujet de l'application de la loi aux professionnels de la santé et des dispositions relatives à la peine du fouet. Comme l'a fait remarquer l'honorable Sir George Perley: «Cela paraît extraordinaire. N'est-il pas vrai que, sous le régime du présent article, un coupable pourrait être condamné à être fouetté une fois par semaine pendant toute la durée de son emprisonnement?» (*Débats* de la Chambre des communes, 10 mai 1929, 2383) Un autre député, M. Ross (Kingston), s'est dit préoccupé par ces deux aspects à la fois et inquiet pour les médecins qui pourraient se voir imposer la peine du fouet en raison d'infractions à la loi. La réponse du Ministre mérite d'être citée:

> Dans un cas comme celui-ci le juge était libre d'agir à sa guise. S'il eût été prouvé que l'accusé était bien un trafiquant de profession, ayant commis un crime pire que le meurtre, et que le juge l'eût condamné à la peine du fouet, je ne pense pas qu'on aurait trouvé à redire. Mais d'ordinaire on ne procède pas contre les hommes de la profession médicale par voie de mise en accusation, à moins qu'on n'ait véritablement affaire à des trafiquants reconnus. (*Ibidem*, p. 2383)

Pour être juste envers le Ministre, il faut souligner que le Parlement du Canada avait ratifié la *Convention internationale de l'opium* en septembre 1928. En vertu de l'article 2 de cette *Convention*, le Canada s'était engagé à réviser périodiquement et à renforcer, dans la mesure où cela serait nécessaire, les lois et les règlements relatifs au contrôle des stupéfiants. Par conséquent, le moment était propice à une révision de la législation canadienne en matière de stupéfiants. En outre, comme le Ministre lui-même l'a fait remarquer, la peine du fouet n'était pas propre à la *Loi de l'opium et des drogues narcotiques*:

> [C]e n'est pas la première fois que la peine du fouet figure en ce bill ni qu'il soit appliqué à un homme coupable de ce délit. Le fouet était déjà infligé, à la discrétion du juge, au trafiquant qui vendait des narcotiques à une personne mineure. Nous en avons étendu l'application dans le but d'imposer un plus grand respect de la loi à ceux qui font le trafic des stupéfiants. Les renseignements qui me sont mandés de tous les coins du pays depuis que ce bill a été renvoyé au comité me convainquent que ceux qui veulent la suppression de ce trafic tiennent au maintien de la peine du fouet, à la discrétion du juge. (*Ibidem*, p. 2382 et 2383)

De même, l'insertion, dans la *Loi des aliments et drogues*, S.C. 1960-61, chap. 37, de dispositions relatives au mandat de main-forte a été très peu contestée. En effet, l'occasion de le faire était excellente surtout en raison du fait que certains députés ne savaient manifestement pas distinguer les mandats de main-forte des mandats de perquisition. Le seul commentaire a été formulé par un député qui s'est fait une fausse idée du mandat en déclarant que le mandat n'assurerait pas «l'application la plus efficace de cette mesure» s'il devait être «donné sur demande du ministre adressée seulement à un juge de la cour de l'Échiquier». (*Débats* de la Chambre des communes, 30 mai 1961, 5824, intervention de l'honorable M. Martin (Essex East)) Bien que M. Martin ait affirmé qu'il connaissait «l'objet du mandat» et qu'il savait «ce qu'est un mandat de main-forte», il est évident que pour lui, le mandat devait faire l'objet d'une nouvelle demande pour chaque perquisition. Lorsque l'honorable M. Monteith (Perth), qui était alors ministre de la Santé nationale et du Bien-être social, l'eut informé que le mandat de main-forte ne comportait pas cette obligation, M. Martin s'est dit très étonné:

> Le ministre veut-il dire que ce mandat de main-forte les autorise, outre tout cas visé dans une demande, à entrer n'importe quand? Je ne le crois pas .... Il ne s'agit pas d'une autorisation de la cour de l'Échiquier à M. X d'aller examiner la résidence de quiconque, où que ce soit, dans n'importe quelle partie du Canada et n'importe quand. (*Ibidem*)

La réponse du Ministre à M. Martin ainsi qu'à M. Crestohl, le seul autre député qui l'a interrogé au sujet de l'introduction du mandat de main-forte dans la *Loi des aliments et drogues* était on ne peut plus claire:

> C'est une autorisation spéciale. Le mandat de main-forte est une autorisation spéciale prévue par la *Loi sur les narcotiques* et la *Loi sur l'accise*. En fait, le mandat de main-forte donne à la personne mentionnée sur le mandat tout pouvoir de perquisitionner les maisons d'habitation et autres lieux. Aux termes de la présente mesure législative, le mandat de main-forte ne sera délivré qu'à la demande du ministre de la Santé nationale et du Bien-être social, suivant la méthode appliquée conformément à la *Loi sur les narcotiques*. Le mandat ne sera délivré aux agents de la Gendarmerie royale du Canada qu'à la demande de son commissaire et qu'au nom des agents chargés des tâches entreprises en vue de la suppression du trafic des drogues contrôlées. On n'abusera certainement pas de ces pouvoirs. C'est simplement un mandat de main-forte permettant aux officiers de la paix, c'est-à-dire les membres de l'escouade de la Gendarmerie royale qui sont liés à ce genre de travail d'effectuer des recherches .... Il s'agit d'un ordre permanent ou d'un permis de recherche. C'est tout à fait différent de l'article 36(2). Il s'agit d'une autorité générale permettant à ceux qui font ce genre de travail de procéder à des recherches. (*Ibidem*)

30. *Loi sur les stupéfiants*, précitée, note 25. Voir les spécimens des mandats de main-forte à l'Annexe.

31. Voici un passage du mandat de main-forte, tel que reproduit par Smith, précité, note 2, Annexe C, p. 524 à 527:

> [TRADUCTION]
> ... À tous les préposés et ministres, actuels et futurs, qui remplissent un office ou exercent un pouvoir relevant de la juridiction du Lord juge Amiral ou de notre Amirauté d'Angleterre, et à tous les vice-amiraux, juges de paix, maires, shérifs, constables, huissiers, chefs de bourg et à tous nos préposés, ministres et sujets résidant dans toutes les cités, villes, villages et comtés d'Angleterre, du pays de Galles et dans la ville de Berwick upon Tweed et à chacun de vous .... *Nous vous enjoignons et vous ordonnons formellement* à tous sans exception ... d'aider, d'assister et de prêter main-forte dans l'exécution des présentes comme il se doit, et de ne pas omettre de prêter votre concours sous peine de sanctions graves. (Mots soulignés dans l'original)

32. *Loi sur les douanes*, précitée, note 25, art. 140. Bien entendu, cette omission résulte non pas d'un oubli mais du fait que le «pouvoir de demander de l'aide» d'une façon générale peut être exercé par les préposés des douanes et de l'accise de même que par les détenteurs de mandats de main-forte.

33. *Loi sur l'accise*, précitée, note 25, art. 77. La *Loi sur l'accise* fournit peut-être l'exemple le plus extravagant du «pouvoir de demander de l'aide»:

> Tous les juges de paix, maires, huissiers, constables et toutes personnes qui servent sous Sa Majesté en vertu d'une commission, d'un mandat ou autrement, et toutes autres personnes doivent aider et sont par les présentes tenues respectivement d'aider et d'assister tout préposé dans l'exécution régulière de tout acte ou de toute chose autorisée, requise ou prescrite par la présente loi ou par toute autre loi.

L'une des nombreuses caractéristiques étonnantes de la *Loi sur l'accise* est la présence simultanée de dispositions limitatives et habilitantes relativement à l'obligation de prêter main-forte. Ainsi, un préposé de l'accise doit être accompagné d'un agent de la paix lorsqu'il procède à une perquisition de nuit. Il est cependant autorisé à requérir l'aide et l'assistance de l'ensemble des personnes mentionnées ci-dessus.

34. Cité par Smith, précité, note 2, p. 32. Smith attribue la doctrine qui est à l'origine du mandat de main-forte en matière de douanes à la [TRADUCTION] «ressource secrète du droit» énoncée par Coke, selon laquelle [TRADUCTION] «il est permis de créer un bref en vue de l'application plus efficace d'une loi destinée à protéger la paix publique ou le bien-être du royaume, *selon la force et l'effet de la loi*». (*Ibidem* — C'est nous qui soulignons)

35. Dans l'affaire *Re Writs of Assistance*, [1965] 2 R.C.E. 645, le président Jackett a reconnu la nature de cette difficulté mais non son ampleur. En révisant le texte des mandats qu'on lui avait demandé de délivrer, le président Jackett a déclaré ce qui suit:

> [TRADUCTION]
> ... il faut prendre soin de vérifier si les mandats ne contiennent pas une disposition que le Parlement n'a pas prévue ou une disposition qui a pour effet de suggérer au lecteur que la nature du mandat ne correspond pas aux dispositions de la loi. (*Ibidem*, p. 652)

Toutefois, en souhaitant que les mandats ne contiennent pas une disposition outrepassant les dispositions de la loi, le président Jackett

n'a pas mentionné que les mandats ne devraient également pas comporter *moins* de pouvoirs que la loi n'en confère.

36. Voir les paragraphes 10(3) et 10(4) de la *Loi sur les stupéfiants*, précitée, note 25; voir également les paragraphes 37(3) et 37(4) de la *Loi des aliments et drogues*, précitée, note 25.

37. Sur ce point, voir Smith, précité, note 2, p. 28:

> [TRADUCTION]
> Après avoir passé en revue, plusieurs années après leur adoption, les dispositions telles que le paragraphe 5(2) de l'*Act of Frauds* de 1662, le juge Blackstone [dans l'affaire *Hill* v. *Barnes* (1777), 2 W.Bl. 1135, 1137] déclara: «Selon l'esprit de toute loi fiscale, l'officier accompagnateur doit être un officier local afin que la personne visée ne soit pas effrayée en voyant s'introduire chez elle ... des étrangers». On peut interpréter la disposition insérée dans les lois relatives à l'entrée et à la perquisition selon laquelle le préposé doit être «assisté»(ce terme désignant parfois la simple présence) d'un officier public local comme étant une façon raisonnable et pratique de diminuer l'atteinte à la vie privée d'une personne que peut facilement entraîner la violation de son domicile.

38. Depuis le 22 mars 1978, seul le Procureur général du Canada peut se porter demandeur dans une requête pour la délivrance de mandats de main-forte en vertu de ces quatre lois fédérales. En vertu d'un décret (portant le n° C.P. 1978-732, daté du 9 mars 1978 et enregistré le 22 mars 1978) pris en vertu de la *Loi sur les remaniements et les transferts dans la Fonction publique*, S.R.C. 1970, chap. P-34 (laquelle prévoit à l'article 2 que le Gouverneur en conseil peut «transférer les pouvoirs, devoirs ou fonctions, ... d'un ministre de la Couronne à tout autre ministre de la Couronne»), la responsabilité de demander la délivrance de mandats en vertu de la *Loi sur les stupéfiants*, précitée, note 25 et de la *Loi des aliments et drogues*, précitée, note 25, a été transférée du ministre de la Santé nationale et du Bien-être social au Procureur général du Canada. De même, l'article 145 de la *Loi sur les douanes*, précitée, note 25 et l'article 78 de la *Loi sur l'accise*, précitée, note 25 prévoient que les demandes de délivrance de mandats doivent être faites par le Procureur général du Canada. Pour tout dire, le décret du 22 mars 1978 n'a eu pour effet que de donner au bureau du Procureur général du Canada la responsabilité exclusive en matière de demandes de délivrance des mandats de main-forte.

39. Voir, par exemple, les dossiers de la Cour fédérale portant les numéros T-1874-76 et T-1875-76 relativement aux demandes de

délivrance de mandats de main-forte en vertu de la *Loi sur les stupéfiants*, précitée, note 25 et de la *Loi des aliments et drogues*, précitée, note 25.

40. Voir l'affaire *Re Writs of Assistance*, précitée, note 35. Soulignons que l'affaire portait sur le rôle de l'ordre judiciaire relativement à la procédure de délivrance des mandats de main-forte. Dans son article intitulé "The Extraordinary Power to Search and Seize and the Writ of Assistance" (1963), 1 *University of British Columbia Law Rev.* 688, Graham Parker fait l'historique d'un sujet parallèle, soit l'attitude de l'ordre judiciaire face à la légalité des perquisitions et des saisies effectuées en vertu d'un mandat de main-forte.

41. *Re Writs of Assistance*, précité, note 25, p. 651.

42. *Ibidem*, p. 648.

43. *Ibidem*, p. 651 et 652.

44. Pour une raison que l'on ignore, tous les juges de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse réunis ont, dans l'affaire *Re Writs of Assistance*, [1930] 2 D.L.R. 499, émis une opinion contraire. Dans cette affaire, le Procureur général de la province s'était vu refuser la délivrance d'un mandat de main-forte en vertu du *Temperance Act* de la Nouvelle-Écosse, une loi qui, à toutes fins utiles, était analogue à la législation passée en revue par le président Jackett. La majorité des juges de cette cour, qui se sont ralliés au juge Mellish, ont conclu non seulement que ces demandes comportaient nécessairement l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'ordre judiciaire mais encore que la législature outrepassait ses pouvoirs en autorisant des perquisitions visant à découvrir, dans des lieux indéterminés, des éléments de preuve établissant la perpétration d'infractions insoupçonnées.

    Dans l'un des deux jugements dissidents, le juge en chef Harris a conclu que la Cour était dépouillée de tout pouvoir discrétionnaire en matière de délivrance de mandats de main-forte. Selon lui, le seul devoir qui incombait à la Cour était de [TRADUCTION] «s'assurer que le mandat délivré n'outrepasse pas les dispositions de la loi ... [et] de s'assurer que la procédure d'obtention a été bien suivie et que les consentements requis ont été donnés». (Voir l'opinion du juge en chef Harris, *ibidem*, p. 501) Le juge en chef en est arrivé à cette conclusion avec beaucoup de réticence et a déclaré qu'il eut été souhaitable, en raison de l'absence de pouvoirs discrétionnaires de la cour, que le Procureur général ait délivré lui-même ces documents.

45. Voir l'affaire *Re Writs of Assistance* (1977), 34 C.C.C. (2d) 62, p. 63 (p. 2 et 3 du jugement inédit, dossier n° T-3369-75 de la Cour fédérale).

Ce jugement a été rendu le 6 octobre 1975 mais n'a pas été publié avant 1977.

46. *Ibidem*, p. 65 (p. 5 du jugement inédit). À la fin de son jugement, le juge Collier a rajouté un commentaire en bas de page:

> Je ne veux pas dire que de tels mandats ne devraient jamais être demandés ni accordés. Il peut y avoir des fondements moraux, politiques ou sociaux. Par exemple, les documents à l'appui de cette demande ne mentionnent absolument aucun fait qui pourrait indiquer qu'il existe une raison quelconque d'ordre politique, moral, social, économique ou administratif justifiant l'attribution des pouvoirs demandés à cette personne en particulier.

Bien qu'il ne figure pas dans l'arrêt publié, ce renvoi se retrouve dans les motifs du jugement au dossier de la Cour fédérale.

47. Par la suite, dans un jugement rendu le 10 février 1977, le juge Collier profita d'une demande *ex parte* du Procureur général du Canada pour l'émission de quatorze mandats de main-forte en matière d'accise et de quinze mandats de main-forte en matière de douanes pour faire valoir de nouveau ses objections à cette procédure. Dans ses motifs du jugement, le juge déclara que c'était «avec réticence et regret» qu'il accueillait cette demande : voir les dossiers de la Cour fédérale portant les numéros T-464-77 et T-465-77.

Cinq jours plus tard, le jugement du juge Collier fut soulevé devant la Chambre des communes par M. Ray Hnatyshyn (Saskatoon-Biggar). Le 15 février 1977, M. Hnatyshyn demanda à l'honorable Monique Bégin (qui était alors le ministre du Revenu national) si le gouvernement avait l'intention de «modifier la procédure à suivre à l'égard des demandes présentées aux termes de ces deux lois en particulier ... [eu égard à la] Déclaration des droits et du projet de loi concernant les droits de la personne actuellement à l'étude». (*Débats* de la Chambre des communes, 15 février 1977, 3045) La «procédure» à laquelle faisait allusion M. Hnatyshyn était la *demande* de délivrance, quoique ses commentaires visaient également la portée des mandats de main-forte qui, selon lui, étaient des «mandats, donnés à des officiers inconnus, leur conférant des pouvoirs illimités pour une durée indéfinie». (*Ibidem*, p. 3045)

Selon le changement que semblait préconiser M. Hnatyshyn, les ministres concernés prendraient l'engagement «de revoir, chacun de leur côté, les requêtes à adresser à la cour, au sujet de ce genre d'utilisation des ordonnances de main-forte». (*Ibidem*, p. 3053) Il eut l'occasion, le lendemain, de préciser le changement qu'il proposait lorsque la question des mandats de main-forte fut soulevée de nouveau. (*Débats* de la Chambre des communes, 16 février 1977, 3094

et 3095) Cette fois, il demanda à l'honorable Ron Basford, qui était alors solliciteur général suppléant et ministre de la Justice, si ce dernier allait s'engager «à faire modifier la loi pour que les tribunaux puissent du moins avoir une certaine latitude pour délivrer des brefs de main-forte». (*Ibidem*, p. 3095) À cet effet, M. Hnatyshyn a également demandé si le ministre s'engageait «à ce que dorénavant toutes les demandes d'ordonnance de main-forte qui lui sont adressées par les gens qui dépendent de son ministère, en tant que Procureur général du Canada, comportent le plus de renseignements possibles sur les faits, tels que le motif de la demande, l'exposé de la situation, avec le nom de l'endroit et des personnes concernées, ainsi que la durée minimale de validité de l'ordonnance». (*Ibidem*) En guise de réponse, M. Basford a refusé de prendre de tels engagements et déclaré, quoique prématurément, que ces pouvoirs d'investigation ou autres faisaient partie des problèmes que la Commission de réforme du droit était en train d'examiner. Par contre, M. Basford s'est engagé à donner suite à la demande de M. James A. McGrath (St-Jean Est) d'étudier la question de la possibilité d'un conflit d'intérêts au bureau du Procureur général du Canada, ce dernier étant chargé de demander la délivrance de mandats de main-forte et, en même temps, de protéger les droits à la protection de la vie privée prévue par la *Déclaration canadienne des droits*. (*Ibidem*, p. 3095)

Au cours de l'après-midi du 16 février 1977, M. Walter Baker (Grenville-Carleton) cita le jugement rendu par le juge Collier et demanda si l'honorable Francis Fox, qui était alors Solliciteur général du Canada, voudrait «prendre l'habitude de revoir et d'autoriser personnellement toutes autres demandes de recours présentées par la GRC aux termes de ces lois, en attendant qu'une enquête soit terminée». (*Ibidem*, p. 3101) M. Fox profita de cette occasion pour souligner que ces demandes n'étaient pas faites par le solliciteur général mais sous l'égide du Procureur général du Canada en ce qui concerne les douanes et l'accise et par le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social en ce qui regarde les stupéfiants, les aliments et les drogues. M. Fox espérait que M. Baker «ne met[te] pas en doute le principe même d'une ordonnance de main-forte, mais qu'il considère plutôt les modalités d'application et de demande de ces ordonnances». (*Ibidem*, p. 3102)

M. Baker mit cependant ce principe en doute:

> Je comprends qu'il soit difficile d'appliquer la loi, comme vient de le signaler le solliciteur général, mais j'espère qu'il n'hésitera pas entre ces difficultés, les droits de la personne et le principe absolu de la protection des droits de l'individu, principe reconnu depuis longtemps dans nos lois. Étant donné le nombre de juges que compte notre pays et les nombreuses occasions de présenter de telles demandes, le solliciteur général ne sera pas surpris de

m'entendre lui demander s'il serait prêt à examiner l'ensemble des dispositions législatives ayant trait à cette demande de vastes pouvoirs de sorte que tout corps policier, même la Gendarmerie royale du Canada, ne serait pas en mesure d'agir d'une façon arbitraire en pareil cas. (*Ibidem*)

La question des mandats de main-forte, en particulier en ce qui a trait à l'absence de procédures de délivrance exigeant l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour, fut soulevée de nouveau le 17 février 1977 (*Débats* de la Chambre des communes, p. 3170) et le 21 février 1977 (*Débats* de la Chambre des communes, p. 3228). Le 25 février 1977, l'honorable Ron Basford (ministre de la Justice) annonça devant la Chambre: «Tant que la question n'aura pas été revue tout au moins, ni mes services ni ceux de mon collègue le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social ne demanderont de brefs de main-forte en vertu de la *Loi sur les stupéfiants*. Si l'on décide par la suite de continuer à accorder des brefs de main-forte, on devra fournir au tribunal tous les renseignements voulus. Entre-temps, nous cherchons à déterminer s'ils sont vraiment nécessaires». (*Débats* de la Chambre des communes, le 25 février 1977, 3424)

Comme le Ministre n'avait pas mentionné la date de la fin de la révision des mandats de main-forte, M. Hnatyshyn réitéra, le 8 mars 1977, sa recommandation visant «des modifications à la loi qui donneraient au pouvoir judiciaire une certaine latitude dans l'émission de brefs de main-forte». (*Débats* de la Chambre des communes, le 8 mars 1977, 3794) Le député ajouta: «Lorsque le corps judiciaire est réduit à l'état de notaire public, je me demande ce que nous faisons à gaspiller le temps des tribunaux en leur demandant d'approuver ce genre de demande. Il serait plus simple, dans ce cas-là, d'accorder au ministre le droit de délivrer ces brefs». (*Ibidem*, p. 3794)

M. Hnatyshyn insista encore auprès du ministre de la Justice le 16 mars 1977 (*Débats* de la Chambre des communes, p. 4035) et le 4 juillet 1977 (*Débats* de la Chambre des communes, p. 7286) pour que ce dernier s'engage formellement à modifier les dispositions législatives relatives au mandat de main-forte. À chacune de ces occasions, le ministre refusa de prendre un tel engagement parce qu'il voulait plutôt attendre les résultats de l'étude entreprise par son ministère.

Quelque neuf mois plus tard, soit le 6 avril 1978, M. Basford annonça: «le ministère de la Justice vient de mener une étude à bonne fin avec le concours des autres ministères et institutions compétents». (*Communiqué de presse* du ministre de la Justice et Procureur général du Canada, Ottawa, le 6 avril 1978) Aux termes de cette étude, le gouvernement annonçait son intention de ne plus autoriser la délivrance de mandats de main-forte en vertu de la *Loi sur les douanes* et de la *Loi sur l'accise*. Par ailleurs, ces mandats resteraient

en vigueur en ce qui concerne la *Loi sur les stupéfiants* et la *Loi des aliments et drogues* mais ils subiraient d'importantes modifications: (1) la responsabilité de demander la délivrance de mandats de main-forte en vertu de la *Loi sur les stupéfiants* et de la *Loi des aliments et drogues* serait transférée du ministre de la Santé nationale et du Bien-être social au Procureur général du Canada (dans les faits cependant, cette responsabilité avait déjà été transférée par décret portant le numéro C.P. 1978-732, daté du 9 mars 1978 et enregistré le 22 mars 1978); (2) la Cour fédérale aurait le pouvoir discrétionnaire de délivrer un mandat de main-forte (s'il était prouvé que la délivrance de ce mandat serait «pour le plus grand avantage de la justice») et elle pourrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour évaluer la compétence de chaque détenteur du mandat de main-forte (les agents de la G.R.C. ayant acquis au moins deux ans d'expérience au sein de la sûreté nationale, dont au moins six mois de spécialisation dans l'application de la législation relative aux drogues et aux stupéfiants); (3) tous les mandats seraient valides pour une période déterminée seulement; (4) il serait établi une procédure obligeant le détenteur du mandat de main-forte à rapporter le mandat au tribunal qui l'a délivré afin de rendre des comptes relativement à l'utilisation qu'il a faite du mandat de main-forte; et (5) il serait mis au point un système quelconque pour étudier, à intervalles réguliers, l'utilité et l'efficacité des mandats de main-forte, les conclusions de l'étude étant communiquées sous forme d'un rapport.

Malgré l'annonce du Ministre, aucun changement n'a, jusqu'ici, été mis en œuvre. En outre, le moratoire décrété par le Ministre sur la délivrance des mandats de main-forte n'a pas été supprimé, de sorte qu'aucun nouveau mandat de main-forte n'a été délivré depuis le 25 février 1977. En fait, les vingt-neuf mandats de main-forte délivrés le 10 février 1977 par le juge Collier étaient les derniers, hormis un seul mandat en matière de douanes, qui a été délivré le 18 février 1977 : voir le dossier de la Cour fédérale portant le n° T-561-77.

48. Voir le décret portant le n° 1978-73 pris en vertu de la *Loi sur les remaniements et les transferts dans la fonction publique*, précitée, note 38.

49. Comme l'a fait remarquer un préposé des douanes: [TRADUCTION]«Un officier de police est vêtu d'un uniforme et porte un insigne. Nos mandats tiennent lieu d'uniformes». Gérald Latreille, cité dans le *Globe and Mail*, le 14 mars 1978, p. 9, 3[e] col.

50. Sur ce point, les dispositions pertinentes de la *Loi sur les douanes* et de la *Loi sur l'accise*, précitées, note 25, sont à toutes fins utiles identiques, hormis le fait que la *Loi sur l'accise* donne une liste plus complète des choses qui peuvent être défoncées lors de la

perquisition. En vertu de l'article 139 de la *Loi sur les douanes*, le détenteur d'un mandat de main-forte peut «... en cas de nécessité, ... dans ce but, enfoncer les portes et briser les coffres et autres colis». Le paragraphe 76(1) de la *Loi sur l'accise* dispose que le détenteur du mandat «... en cas de nécessité, peut ouvrir de force les entrées ou autres portes, démolir les murs, planchers, fenêtres ou barrières, et défoncer les coffres ou autres colis pour cet objet».

51. Voir le paragraphe 10(4) de la *Loi sur les stupéfiants*, précitée, note 25 et le paragraphe 37(4) de la *Loi des aliments et drogues*, précitée, note 25. Il faut noter que ces lois donnent la même autorisation d'employer la force, peu importe, dans le cas d'une maison d'habitation, que l'agent de la paix procède à une perquisition en vertu d'un mandat de main-forte ou en vertu d'un mandat de perquisition, ou à une perquisition sans mandat, dans le cas d'un endroit autre qu'une maison d'habitation. En d'autres termes, le recours à la force n'est pas réservé aux seuls agents de la paix agissant en vertu d'un mandat de main-forte mais relève d'un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice est, d'une façon générale, lié aux perquisitions en matière de drogues. Ainsi, à proprement parler, il ne s'agit pas essentiellement d'un cas où les pouvoirs du détenteur du mandat ont été élargis mais d'une disposition qui confère de vastes pouvoirs *généraux* de perquisition et de saisie, lesquels sont exercés par les détenteurs de mandats de même que par ceux qui effectuent des perquisitions avec ou sans mandat.

Comme nous l'avons mentionné précédemment (à la page 15), il est difficile de décrire les caractéristiques, uniques en leur genre, du mandat de main-forte sans tenir compte des pouvoirs de perquisition ordinaires qui sont prévus pour faciliter l'application de ces lois. Les objections qui sont formulées contre les pouvoirs de perquisition que confèrent ces lois visent le mandat de main-forte alors qu'elles devraient être formulées directement contre la loi elle-même. Toutefois, en ce qui concerne l'autorisation du détenteur du mandat d'employer la force, les dispositions sont très claires: en 1662, le préposé des douanes ne pouvait avoir recours à la force qu'«en cas de résistance»; en 1983, les préposés des douanes et de l'accise peuvent employer la force «en cas de nécessité»; enfin, les agents de la paix chargés d'appliquer la législation en matière de drogues et de stupéfiants peuvent avoir recours à la force, indépendamment de l'une ou l'autre de ces deux circonstances limitatives.

52. Voir l'affaire *Wah Kie* v. *Cuddy (No 2)* (1914), 23 C.C.C. 383 (C.S. de l'Alberta). Voici ce que le juge Beck a déclaré dans cette cause au sujet de l'affaire *Launock* v. *Brown* (1819), 106 ER 482, p. 387:

> [TRADUCTION]
> La Cour, composée des quatre juges réunis, ayant confirmé la décision rendue par le juge de première instance, décida qu'un

mandat de perquisition délivré en vertu de cette loi avait été exécuté illégalement dans la mesure où aucune sommation d'ouvrir les portes n'avait été faite avant de forcer la porte extérieure du domicile du demandeur.

Selon moi, cette règle s'applique à tous les mandats et ordonnances de perquisition à moins qu'il ne ressorte clairement de la loi autorisant la délivrance du mandat de perquisition qu'une sommation d'ouvrir les portes n'est pas nécessaire. Par conséquent, j'estime qu'en règle générale, la deuxième condition qui doit être remplie avant l'exécution d'un mandat de main-forte, *lorsque l'endroit faisant l'objet de la perquisition est une maison d'habitation*, est de faire précéder cette perquisition d'une sommation d'ouvrir les portes. (Mots soulignés dans le jugement)

53. Voir Smith, précité, note 2, p. 26.

54. Voir l'article 139 de la *Loi sur les douanes*, précitée, note 25 et le paragraphe 76(1) de la *Loi sur l'accise*, précitée, note 25.

55. Voir le paragraphe 10(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, précitée, note 25 et le paragraphe 37(1) de la *Loi des aliments et drogues*, précitée, note 25. Comme nous l'avons souligné au sujet du recours à la force, la législation en matière de drogues ne comporte aucune limite relativement au moment de la perquisition. Toutefois, l'absence de limites relatives au moment de la perquisition ou au recours à la force est une caractéristique des perquisitions en matière de drogues, en général, plutôt qu'une caractéristique propre aux perquisitions en vertu d'un mandat de main-forte.

56. Voir le modèle du mandat de main-forte délivré en 1761 pendant le règne de George III et reproduit dans Smith, précité, note 2, Annexe C, p. 526.

57. Voir l'article 79 de la *Loi sur l'accise*, précitée, note 25: «Un ordre pour requérir main-forte adressé à un receveur ou à un fonctionnaire supérieur a pleine valeur et plein effet entre les mains de tout préposé à qui il a délégué son autorité pour le mettre à exécution».

58. Voir le paragraphe 10(3) de la *Loi sur les stupéfiants*, précitée, note 25 et le paragraphe 37(3) de la *Loi des aliments et drogues*, précitée, note 25.

59. L'article 145 de la *Loi sur les douanes*, précitée, note 25 et l'article 170 de la *Loi sur l'accise*, précitée, note 25 sont identiques sur ce point. En effet, les deux dispositions prévoient que pareil mandat «reste en vigueur tant que la personne qui y est nommée demeure un préposé, que ce soit en la même qualité ou non».

60. Voir l'article 139 de la *Loi sur les douanes*, précitée, note 25, qui dit notamment: «Sous l'autorité d'un mandat de main-forte, tout préposé ... peut ... pénétrer ... et rechercher ...».

61. Dans l'affaire *R. ex rel. Kelly* v. *Hobinsky*, [1929] 1 W.W.R. 313, p. 319, le juge en chef Simpson a trouvé que la procédure de délégation relative au mandat en matière d'accise telle que décrite en l'espèce a été établie à l'aveuglette au point où il n'avait d'autre choix que de [TRADUCTION] «déclarer qu'un mandat de main-forte fait simplement partie du matériel de bureau».

62. Voir le paragraphe 10(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, précitée, note 25. Les pouvoirs de perquisition et de saisie prévus par la *Loi sur les stupéfiants* et surtout par la *Loi des aliments et drogues* ne sont pas l'apanage des détenteurs de mandats. Encore une fois, ces pouvoirs sont, d'une façon générale, conférés aux agents de la paix de même qu'aux détenteurs de mandats de main-forte.

63. Voir l'article 139 de la *Loi sur les douanes*, précitée, note 25.

64. *Ibidem*.

65. Voir le paragraphe 76(1) de la *Loi sur l'accise*, précitée, note 25.

66. Voir l'affaire *Re Writs of Assistance*, précitée, note 44, p. 507. Dans cette affaire, le juge Mellish parlait du mandat de main-forte prévu par le *Temperance Act* de la Nouvelle-Écosse, un document qui, de toute évidence, s'inspirait des mandats de main-forte en matière de douanes et d'accise.

67. Voir l'article 145 de la *Loi sur les douanes*, précitée, note 25 et l'article 78 de la *Loi sur l'accise*, précitée, note 25. Fait curieux à signaler, les dispositions relatives aux mandats de main-forte en matière de drogues et de stupéfiants ne mentionnent rien en ce qui concerne la durée de ces mandats. Dans les faits, cependant, on considère, en règle générale, que les mandats restent également en vigueur pendant toute la durée de la carrière de l'agent de la paix.

68. *Supra*, note 25.

69. *Supra*, note 47.

70. *Supra*, note 24.

71. *Loi sur l'accise*, précitée, note 25.

72. *Loi sur les douanes*, précitée, note 25.

73. *Loi sur les stupéfiants*, précitée, note 25 et *Loi des aliments et drogues*, précitée, note 25.

74. Il faut bien comprendre que pour ce qui nous occupe ici, la préférence de la Commission pour les perquisitions en vertu d'un mandat, les perquisitions sans mandat étant considérées comme exceptionnelles, ne vaut que pour le contexte de ce que nous pourrions appeler les pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie dans le cadre d'une enquête. Cette règle s'appliquerait donc seulement aux fouilles et perquisitions entreprises lors d'une enquête menée à la suite d'une infraction, lorsque l'on est fondé à croire qu'une infraction au *Code criminel* ou à une autre loi fédérale a été perpétrée et que la fouille de certains lieux ou de certaines personnes permettra de découvrir des produits d'une infraction, des éléments de preuve ou des biens volés, susceptibles d'appuyer la preuve de l'infraction. Pour l'instant, nous n'aborderons pas la question de l'application de cette règle à ce qu'il est convenu d'appeler les inspections, à savoir les perquisitions entreprises dans le cadre d'activités de surveillance ou de réglementation destinées à vérifier l'observation de dispositions légales ou réglementaires précises.

74a. M. Duverger, *Constitutions et documents politiques*, 8e éd. mise à jour, Paris, P.U.F., 1978 (coll. Thémis).

75. *Payton* v. *New-York*, [1980] 100 S. Ct. 1371.

76. Le juge Jackson, dans l'affaire *Johnson* v. *U.S.*, 333 U.S. 10, p. 13-14; cité par le juge Stevens dans l'affaire *Payton* v. *New-York*, précitée, note 75, p. 1380, nº 24.

77. *Leigh* v. *Cole* (1853), 6 Cox C.C. 329. L'existence du pouvoir de fouiller une personne arrêtée a été unanimement reconnue, bien qu'aucun texte de loi ne la sanctionne expressément. Voir par exemple *R.* v. *Brezack* (1950), 2 D.L.R. 265, et *Re Laporte and R.* (1972), 29 D.L.R. (3d) 651.

78. «Nous sommes d'avis qu'un agent de police a présentement le droit de pénétrer sans mandat et, au besoin par la force, dans des locaux, y compris une maison d'habitation, dans le but de prévenir la commission d'une infraction qui causerait un préjudice grave et immédiat à quelqu'un, s'il croit en se fondant sur des ‹motifs raisonnables et probables› qu'on est sur le point de commettre une telle infraction». *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle*, Ottawa, Information Canada, 1969, p. 62-63.

79. *Thomas* v. *Sawkins* (1935), 2 K.B. 249.

80. *Eccles* c. *Bourque* (1975), 2 R.C.S. 739.

81. *Supra*, note 25.

82. *Loi sur la Convention concernant les oiseaux migrateurs*, S.R.C. 1970, chap. M-12, art. 11.

83. *Loi sur l'aéronautique*, S.R.C. 1970, chap. A-3, alinéa 6(1)*l*).

84. *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, chap. F-14, art. 35.

85. *Loi sur les épizooties*, S.R.C. 1970, chap. A-13, art. 18.

86. Commission de réforme du droit de l'Australie, *Criminal Investigation, Interim Report N° 2*, Canberra, Australian Government Publishing Service, 1975, p. 89 et suivantes. Les recommandations de la C.R.D.A. visaient les équivalents australiens des mandats de main-forte en matière de douanes et d'accise ainsi que diverses dispositions en vigueur dans certains États relativement à des mandats de nature générale, certains étant restreints aux fouilles et perquisitions en vue de découvrir des biens volés et d'autres ne comportant aucune restriction quant au lieu, au moment ou à l'infraction.

La Commission de réforme du droit de l'Australie inclinait à considérer le mandat de main-forte comme un mandat institué par un texte de loi plutôt que comme une autorisation de perquisitionner *sans* mandat, mais son opposition à de tels pouvoirs n'en demeurait pas moins ferme et non équivoque:

> [TRADUCTION]
> Il n'en est pas moins absolument évident que tous les pouvoirs conférés ont une portée extraordinaire. Dans tous les cas, ils peuvent être exercés sans qu'il soit nécessaire de demander au préalable à un représentant de l'ordre judiciaire d'étudier les circonstances particulières *de chaque cas*, et de voir si l'intérêt public devrait l'emporter sur les droits de la personne visée. Et il n'existe non plus aucun moyen de soumettre à un examen judiciaire rétroactif les pouvoirs qui ont été exercés ....
>
> Le pouvoir de perquisition et de saisie constitue sans contredit un outil indispensable pour les policiers. Il peut cependant s'avérer une menace très grave pour le droit à la vie privée et pour les libertés civiles. L'exercice de ce pouvoir doit donc être susceptible de justification dans chaque cas. Dans cette perspective, il est impossible d'accepter le maintien des mandats de perquisition généraux. De l'avis de la Commission, de telles dispositions auraient dû être abrogées il y a longtemps dans les lois du Commonwealth et des Territoires. Nous en recommandons l'abolition immédiate. (*Ibidem*, p. 89 à 91)

87. *Communiqué de presse* du ministre de la Justice et Procureur général du Canada, Ottawa, le 6 avril 1978. Voir également *supra*, note 47, pour une description des événements ayant précédé cette annonce.

Le communiqué de presse du Ministre est également intéressant en ce qu'il énonce les raisons pour lesquelles, selon le Ministre, les mandats de main-forte en matière de revenu public sont inutiles, et les mandats de main-forte relatifs aux drogues, nécessaires:

> Lorsqu'on met à l'exécution les lois, il importe de bien faire s'équilibrer l'intérêt général et le droit incontestable de chaque citoyen à mener sa vie à l'abri de perquisition et de saisie abusives. D'après les autorités gouvernementales, même si faire respecter la Loi sur les douanes et celle sur l'accise ne nécessite pas, tout bien considéré, le recours à des instruments de perquisition aussi particuliers, la mise à exécution de la Loi sur les stupéfiants et de celle sur les aliments et drogues ne nécessite pas moins, elle, l'existence et l'utilisation par la G.R.C. des mandats de main-forte. En effet, l'une des principales difficultés à surmonter dans la lutte contre le trafic des stupéfiants, c'est l'influence universelle du syndicat du crime. À cause de cette influence et de la facilité avec laquelle on transporte et vend illicitement des narcotiques, il faut absolument prendre des mesures extraordinaires pour faire respecter comme il se doit la législation sur les stupéfiants, d'autant plus qu'il est difficile d'obtenir un mandat de perquisition ordinaire dans un très court délai. Voilà pourquoi il y a lieu de conserver, de l'avis du gouvernement, les pouvoirs de perquisition spéciaux. (*Ibidem*, p. 2-3)

En déposant le projet de loi C-162, intitulé *Loi concernant les douanes*, le 7 juin 1983, le gouvernement fédéral a confirmé qu'il n'entendait pas conserver le mandat de main-forte en matière de douanes. En effet, les références à l'exercice de pouvoirs d'entrée, de fouille, de perquisition ou de saisie en vertu d'un mandat de main-forte brillent par leur absence dans ce projet de loi.

88. Voir *supra*, note 47, pour une description des modifications qui devaient être apportées au mandat de main-forte relatif aux drogues.

89. *Supra*, note 87, p. 3.

90. Voir par exemple la courte étude du Solliciteur général intitulée "Writs of Assistance/Drug Law Enforcement", préparée à l'intention du comité de la Justice et des Affaires juridiques le 26 novembre 1981. La section F de cette étude porte sur les mandats de main-forte et renferme une sous-section c), attribuée à la G.R.C., dont le titre est "Illustrative Cases Showing the Need for Writs of Assistance". À la

page 2, les auteurs résument, dans les termes suivants, les cas types qui suivent:

> [TRADUCTION]
> Les archives regorgent de cas semblables; toutefois, en fin de compte, la nécessité d'utiliser un mandat de main-forte tient toujours à l'impossibilité d'obtenir un mandat ordinaire à cause des circonstances particulières de l'enquête.

En étudiant les arguments invoqués en faveur de la nécessité du mandat de main-forte, la Commission a bien sûr tenu compte du Manuel des opérations de la G.R.C.: voir le «Bulletin n° OM 175», publié le 1er décembre 1982 et à insérer aux chapitres II.6 D. et F. du Manuel des opérations. Les deux conditions essentielles indispensables à l'utilisation de mandats de main-forte sont les suivantes: a) «le temps ne permet pas l'obtention d'un mandat de perquisition», et b) le détenteur de mandat de main-forte doit s'assurer «qu'il peut convaincre le juge de paix, comme il le ferait dans une dénonciation en vue de l'obtention d'un mandat de perquisition, qu'il existe des motifs raisonnables de croire que les objets cherchés se trouvent sur les lieux» (p. 3).

La Commission n'a pas, pour le moment, à se prononcer sur la question de savoir jusqu'à quel point les membres de la G.R.C. se conforment à ces critères. De toute façon, il n'est pas nécessaire, pour conclure à l'inutilité du mandat de main-forte, de prouver qu'il fait l'objet d'abus ou que son usage n'est pas compatible avec les directives administratives énoncées dans le Manuel des opérations de la G.R.C.

91. Les cas types qui suivent ont été tirés de l'étude du Solliciteur général intitulé "Writs of Assistance/Drug Law Enforcement", précitée, note 90, section F(c), p. 4 à 9.

92. Comme le reconnaît avec raison la G.R.C. dans le cas type n° 4, les mandats ne peuvent être délivrés, aux termes de la *Loi sur les stupéfiants*, qu'à l'égard de stupéfiants dont on croit pour des motifs raisonnables qu'ils se trouvent sur les lieux au moment de la délivrance du mandat. Voici les termes du paragraphe 10(2) de la *Loi sur les stupéfiants*: «[u]n juge de paix convaincu, d'après une dénonciation faite sous serment, qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'un stupéfiant ... se trouve dans une maison d'habitation quelconque ...». À strictement parler, le mandat mentionné dans l'exemple n° 3 n'aurait donc pas dû être délivré.

93. *Eccles* c. *Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739. L'alinéa 450(1)*a*) du *Code criminel* autorise un agent de la paix à arrêter sans mandat une personne qui a commis un acte criminel ou qui, d'après ce qu'il croit,

pour des motifs raisonnables et probables, a commis ou est sur le point de commettre un acte criminel. Depuis l'arrêt *Eccles* c. *Bourque*, il est établi que ce pouvoir conféré par le *Code criminel* d'effectuer des arrestations sans mandat ne comporte aucune restriction sur le plan spatial. Donc, un agent de la paix peut arrêter sans mandat *quiconque*, d'après ce qu'il croit pour des motifs raisonnables et probables, a commis ou est sur le point de commettre un acte criminel, et il peut exercer ce pouvoir d'arrestation sans mandat *en tout lieu*, qu'il s'agisse d'un endroit public, d'une maison d'habitation ou d'autres lieux privés. En réalité, les policiers disposent d'un pouvoir d'entrer par la force à la mesure de leurs pouvoirs d'arrestation; en outre, ce pouvoir ne se limite pas aux cas de nécessité reconnue. Ainsi que l'a dit le juge Dickson dans l'arrêt *Eccles* c. *Bourque*, *ibidem*, p. 743:

> [I]l est des occasions où l'intérêt d'un particulier dans la sécurité de sa maison doit céder le pas à l'intérêt public, lorsque le grand public a un intérêt dans l'acte judiciaire à exécuter. Le criminel n'est pas à l'abri d'une arrestation dans son propre foyer ou dans celui d'un de ses amis .... On verra donc que le large principe de base excipant du caractère sacré du foyer est sujet à l'exception que lorsque demande régulière est faite les agents du Roi peuvent briser les portes pour faire l'arrestation.

Le juge d'appel Houlden a cependant exprimé une opinion différente dans un jugement majoritaire de la Cour d'appel de l'Ontario: voir *R.* c. *Landry* (1982), 63 C.C.C. (2d) 289.

Le common law a mis certaines restrictions au droit d'entrer dans des lieux privés, implicitement compris dans le pouvoir d'arrestation sans mandat. Mais ces restrictions ne sont pas liées au pouvoir d'arrestation lui-même, mais plutôt au pouvoir d'entrer qui est implicite lorsque l'arrestation doit être effectuée dans des lieux privés. En fait, les mêmes restrictions existent, que l'entrée dans des lieux privés doive être accomplie sans mandat ou avec mandat, et peu importe que le but de l'entrée soit d'effectuer une arrestation ou de pratiquer une perquisition. Comme l'a dit le juge Dickson dans l'arrêt *Eccles* c. *Bourque*, *ibidem*, p. 746, «la loi requiert d'un agent de police, avant qu'il n'entre pour rechercher ou arrêter, qu'il s'identifie et demande à être admis».

La sommation préalable ne constitue cependant pas une condition absolue, en common law, pour qu'une entrée soit licite; on peut en effet s'en dispenser dans certains cas de nécessité, et notamment dans les circonstances suivantes: a) en cas de danger pour la vie ou la sécurité; b) pour empêcher la destruction de substances illégales ou d'éléments de preuve et c) pour arrêter une personne trouvée en train de commettre une infraction criminelle, que l'on vient de poursuivre et qui se réfugie dans les lieux en question. Dans de telles

circonstances, ou dans les autres cas de nécessité reconnue, les policiers ne sont pas tenus de faire une sommation et peuvent entrer par la force.

Ce qui ressort de cette brève étude, pour ce qui nous intéresse ici, est très simple. Selon l'état actuel du droit, le pouvoir d'arrestation sans mandat, prévu par la loi, joint au pouvoir concomitant d'entrer et de perquisitionner, est amplement suffisant pour l'application des lois en matière de stupéfiants et de drogues. Pour nous exprimer plus clairement, disons que dans tous les cas de perquisitions et de fouilles décrits dans les exemples de la G.R.C., sauf un, aucun mandat de perquisition n'était nécessaire; et le mandat de main-forte n'était pas indispensable lui non plus.

94. Le paragraphe 450(1) du *Code criminel* dispose:

> **450**(1) Un agent de la paix peut arrêter sans mandat
>
> *a*) une personne qui a commis un acte criminel ou qui, d'après ce qu'il croit pour des motifs raisonnables et probables, a commis ou est sur le point de commettre un acte criminel, [ou]
>
> *b*) une personne qu'il trouve en train de commettre une infraction criminelle ....

Selon les circonstances, c'est l'alinéa *a*) ou l'alinéa *b*) qui s'appliquera mais ces deux dispositions, prises ensemble, confèrent un pouvoir d'arrestation dans tous les cas d'actes criminels, passés, présents et imminents. Manifestement, les policiers avaient des motifs raisonnables de croire que les personnes se trouvant dans le garni avaient commis, étaient en train ou sur le point de commettre un acte criminel de trafic de stupéfiants ou de drogues, en contravention soit de l'article 4 de la *Loi sur les stupéfiants*, précitée, note 25 ou de l'article 34 de la *Loi des aliments et drogues*, précitée, note 25.

95. Le pouvoir de fouille concomitante de l'arrestation est un pouvoir relativement ancien en common law. Le critère pour l'exercice de ce pouvoir a pu varier quelque peu mais au minimum, il peut être exercé lorsque l'agent qui effectue l'arrestation croit pour des motifs raisonnables que cela est [TRADUCTION] «prudent et juste», comme l'a dit le juge Williams dans l'affaire *Leigh* v. *Cole* (1853), 6 Cox C.C. 329, p. 332. Essentiellement, la fouille concomitante de l'arrestation doit avoir l'un des deux objectifs suivants: a) découvrir des armes ou des objets dissimulés dont le suspect pourrait se servir pour s'infliger des blessures ou en infliger à d'autres personnes, ou qu'il pourrait utiliser pour l'aider à s'évader; et b) saisir ou préserver des éléments de preuve relatifs à l'infraction pour laquelle la personne a été arrêtée. Voir *Gottschalk* v. *Hutton* (1921), 36 C.C.C. 298 (C.S. de l'Alberta, division d'appel), p. 301-302 et *Reynen* v. *Antonenko* (1975), 20 C.C.C. (2d) 342 (C.S. de l'Alberta, Division de première instance).

Pour ce qui nous occupe ici, ce qu'il importe surtout de retenir, c'est sans doute que si le pouvoir de fouille et de perquisition n'est pas automatiquement attaché au pouvoir d'arrestation, il est néanmoins possible d'avoir recours à ce pouvoir dès qu'il serait prudent, pour des motifs raisonnables, d'effectuer une fouille ou une perquisition; c'est là un critère relativement plus souple que celui régissant le pouvoir d'arrestation lui-même, c'est-à-dire les motifs raisonnables et probables.

96. La portée exacte du pouvoir de fouille concomitante de l'arrestation est assez mal définie au Canada. Toutefois, on reconnaît généralement qu'il vise également les lieux qui sont sous le pouvoir de la personne arrêtée. Selon le *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle*, précité, note 78, p. 66:

> Lorsqu'une personne a été arrêtée, avec ou sans mandat, le droit de perquisition porte non seulement sur cette personne mais aussi sur les lieux dont elle a le contrôle. Dans le monde moderne, le droit de fouiller les lieux porte aussi, évidemment, sur un véhicule ou autre moyen de transport dont l'accusé a le contrôle.

97. Le juge Dickson, dans l'arrêt *Eccles* c. *Bourque*, précité, note 93, p. 747:

> D'ordinaire les agents de police, avant d'entrer par la force, devraient donner (i) avis de leur présence en frappant ou en sonnant, (ii) avis de leur autorité, en s'identifiant comme agents chargés d'exécuter la loi et (iii) avis du but de leur visite, en déclarant un motif légitime d'entrer. Au minimum ils devraient demander l'admission et se voir dénier l'admission même s'il est reconnu qu'il y aura des occasions où, par exemple, afin de sauver de la mort ou de blessures quelqu'un qui se trouve sur les lieux ou d'empêcher la destruction d'une preuve, ou en cours de poursuite immédiate (*hot pursuit*), l'avis puisse ne pas être requis.

98. En anglais, on utilise les termes "surreptitions entry" ou "intelligence probe", selon que l'on appartient à la police criminelle ou au service de sécurité. Ces termes ont une signification presque identique mais le premier est souvent utilisé pour désigner une catégorie particulière d'entrées, à savoir celles qui ont pour objet l'installation, l'entretien et l'enlèvement d'un dispositif d'écoute électronique. La question de la légalité de cette catégorie d'entrées sera traitée dans le document de travail de la Commission, en préparation, sur la surveillance électronique.

Les entrées clandestines auxquelles nous nous intéressons ici ont habituellement trait à l'application des lois en matière de drogues. Dans un exposé remis à la Commission McDonald, la G.R.C. a prétendu que l'entrée clandestine constituait une technique d'investigation indispensable dans les cas de fabrication ou de trafic de drogues: Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada, *La liberté et la sécurité devant la Loi*, Deuxième rapport, vol. 1, Ottawa, Approvisionnement et Services, 1981, p. 147-148.

Pour l'instant, il importe de souligner que cette catégorie d'entrées comporte deux caractéristiques principales: a) elles sont nécessairement secrètes et b) elles sont fondées sur un soupçon plutôt que sur une raisonnable. C'est cette dernière caractéristique qui a amené la Commission McDonald à la conclusion suivante: «nous estimons qu'il serait contraire aux pratiques établies pour assurer le respect de la loi au Canada d'accorder à la police un vaste pouvoir de perquisitionner dans les locaux privés, ... sur de simples soupçons d'y trouver la preuve d'une infraction commise ou projetée». (*Ibidem*, p. 148-149)

99. Dans la deuxième partie du présent rapport, la Commission recommande l'instauration de procédures permettant d'obtenir des mandats de perquisition par téléphone ou autres moyens de télécommunication, lorsqu'il serait matériellement impossible de se présenter en personne devant un juge de paix. La mise en vigueur de cette recommandation réduirait de beaucoup le temps nécessaire pour obtenir un mandat de perquisition.

100. Tout ce que la Commission prétend, il faut le souligner, c'est qu'aucun texte de loi, ni le common law, ne permettent une entrée, clandestine ou non, pour ce que l'on pourrait appeler de simples objectifs de recherche de renseignement. Mais cela ne revient pas nécessairement à dire que de telles entrées sont illégales. À ce sujet, nous sommes d'accord avec la Commission McDonald, précitée, note 98, p. 126: «[N]ous n'hésitons pas à dire que les entrées subreptices constituent [une conduite qui] n'est ‹ ni autorisée ni prévue par la loi › et qu'en conséquence, elle ne doit pas être permise, par principe, à moins qu'en l'occurrence la loi ne l'autorise expressément». Pour un point de vue contraire, voir un texte préparé pour le ministère de la Justice par l'étude d'avocats Lang, Michener, Farquharson et Wrigth, datée du 14 juin 1981, et l'étude préparée par l'honorable Wishart Spence et publiée par le Ministère le 27 août 1981.

101. À cet égard, le paragraphe 10(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, précitée, note 25, et le paragraphe 37(1) de la *Loi des aliments et drogues*, précitée, note 25, sont identiques. Ils permettent tous deux les entrées avec mandat ou mandat de main-forte dans des lieux d'habitation pour

y perquisitionner; mais aucune de ces deux dispositions ne rend obligatoire la saisie de stupéfiants ou de drogues ainsi trouvés. Aux termes de l'alinéa 10(1)*c*) de la *Loi sur les stupéfiants*, par exemple, «un agent de la paix peut ... saisir et enlever tout stupéfiant découvert». Il peut aussi ne pas le faire, s'il estime préférable de retarder la saisie jusqu'à ce qu'il soit possible d'établir un lien plus précis entre le suspect et les drogues.

102. L'une des caractéristiques les plus curieuses de la *Loi sur les douanes*, précitée, note 25, c'est qu'elle ne prévoit d'aucune manière la délivrance de mandats de perquisition. On trouve à la place une disposition selon laquelle un préposé peut entrer dans des lieux privés, y perquisitionner et y effectuer une saisie, s'il fait serment devant un juge de paix «qu'il a un motif plausible de soupçonner que des effets sujets à confiscation se trouvent dans une maison particulière», etc.; il s'agit du paragraphe 134(1). Il semble toutefois que le juge de paix devant lequel est faite cette déclaration n'ait aucun pouvoir discrétionnaire de refuser l'autorisation de perquisitionner; manifestement, il n'a pas non plus le pouvoir de délivrer un mandat autorisant la perquisition. En pratique, il est parfois possible d'amener le juge de paix à délivrer ce que l'on appelle une «autorisation de perquisitionner». Mais à strictement parler, ce document ne constitue pas une autorisation, mais bien un certificat attestant que le préposé des douanes a fait une déclaration sous serment et a donné des motifs plausibles de soupçonner la présence de biens sujets à confiscation.

Il est également curieux que la *Loi sur les douanes* ne contienne aucune disposition, mis à part le mandat de main-forte, au sujet des perquisitions de nuit. Comme la procédure de déclaration sous serment ne permet que les perquisitions entre le lever et le coucher du soleil, certains prétendent que pour effectuer une perquisition de nuit, il est nécessaire d'avoir un mandat de main-forte. Pour résoudre ces deux problèmes, il serait pourtant plus logique de prévoir la délivrance de mandats de perquisition pouvant être exécutés de jour ou, pour des motifs raisonnables, de nuit. D'où notre recommandation et d'où, présumément, l'article 104 du Projet de loi C-162, intitulé *Loi concernant les douanes*, qui est passé en première lecture le 7 juin 1983.

Si l'on devait rendre les pouvoirs d'entrée, de perquisition et de saisie dans des lieux privés conférés par la *Loi sur les douanes*, conformes à la règle voulant que les perquisitions doivent être effectuées en vertu d'un mandat ou les faire entrer dans la catégorie des exceptions à cette règle, il serait alors parfaitement illogique de maintenir le paragraphe 134(3), dont voici le libellé:

> Ces actes [les entrées, perquisitions et saisies] peuvent être accomplis par un préposé, sans la formalité du serment et sans

l'aide d'un juge de paix, dans les localités où il n'en réside pas, ou dans les localités où un juge de paix ne peut être trouvé dans un rayon de cinq milles lors des perquisitions.

En préconisant l'abrogation du paragraphe 134(3), la Commission n'oublie pas que dans les provinces où la fonction de juge de paix a été abolie, les préposés aux douanes ont parfois interprété cette disposition d'une façon trop littérale: comme la fonction de juge de paix a été abolie, les préposés des douanes ne sont plus astreints à l'obligation prévue au paragraphe 134(1), consistant à faire une déclaration sous serment devant un juge de paix avant l'entrée et la perquisition. Quoi qu'il en soit, dans les cas où il serait difficile d'avoir accès à un juge de paix (ou à son successeur, dans les provinces où la fonction a été abolie), il serait possible d'obtenir un mandat de perquisition par téléphone ou par un autre moyen de télécommunication, conformément aux recommandations faites dans la deuxième partie du présent rapport.

PARTIE DEUX:

LE TÉLÉMANDAT

1. Introduction

La position adoptée par la Commission à l'égard des pouvoirs de la police en matière de fouille, de perquisition et de saisie en droit pénal repose sur le principe suivant lequel ces pouvoirs devraient, en règle générale, être exercés au moyen d'un mandat qui aurait été délivré de façon judiciaire avant l'exécution et à la suite d'une dénonciation spécifique. Comme corollaire de ce principe, l'exercice des pouvoirs exceptionnels de fouille et de perquisition sans mandat devrait être limité aux cas de nécessité reconnus et aux cas où la personne donne son consentement en connaissance de cause.

Les cas de nécessité que la Commission se propose de reconnaître seront énumérés dans un rapport traitant des pouvoirs de la police en matière de fouille, de perquisition et de saisie, et qui sera bientôt présenté au Parlement. Pour le moment, il suffit de souligner que les cas de nécessité ne comprendront pas la difficulté d'avoir accès auprès d'un juge de paix, bien que l'on fasse très souvent allusion à celle-ci. Sans nier l'existence de ce problème, nous ne croyons pas que l'abandon de l'exigence de l'autorisation judiciaire préalable soit une solution valable. Le remède consiste plutôt à rendre le juge de paix plus accessible. À cette fin, nous recommandons qu'il soit possible de délivrer un mandat de perquisition par téléphone ou par un autre moyen de télécommunication, dans les circonstances où il est matériellement impossible à l'agent de la paix de comparaître personnellement devant un juge de paix.

Dans certains États[1], on a déjà instauré des mécanismes permettant l'obtention du mandat de perquisition par téléphone, et l'adoption de tels mécanismes a été recommandée dans plusieurs autres États[2]. Dans tous les cas où l'on a préconisé l'instauration du mécanisme du télémandat, ce fut en réponse à la nécessité de faciliter l'accès auprès des fonctionnaires judiciaires responsables, afin que les perquisitions autorisées par un mandat demeurent la règle. Il n'y a rien d'inhabituel à ce qu'au Canada, les juges de paix se retrouvent surtout dans les centres urbains, aient des heures de travail régulières et assument un grand nombre de responsabilités de nature judiciaire

et administrative. De même, les problèmes auxquels font face les agents de police fédéraux, provinciaux et municipaux, lorsqu'ils tentent d'obtenir des mandats de perquisition, que ce soit dans les régions rurales ou dans les centres urbains, et aussi bien pendant les heures normales de travail qu'en dehors de celles-ci, ont cours avec autant d'acuité dans bon nombre d'autres pays. Si l'on tient à un régime de pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie qui soit soumis à un contrôle judiciaire, et si l'on souhaite que ce régime soit respecté, il est essentiel d'éliminer certains obstacles qui rendent difficile l'accès auprès du juge de paix.

Nous sommes d'avis que l'accès auprès du juge de paix pourrait être rendu plus facile si l'on pouvait mettre à contribution, pour la délivrance des mandats de perquisition, les progrès technologiques accomplis dans le domaine des télécommunications. Essentiellement, cette modification du processus n'aurait pour effet que de dispenser l'agent de la paix, dans les cas appropriés, de produire personnellement et par écrit la «dénonciation faite sous serment[3]».

Il va sans dire que si les agents de police n'étaient plus tenus de comparaître personnellement devant un juge de paix dans tous les cas, le processus d'obtention du mandat de perquisition en serait d'autant plus accessible et d'autant plus expéditif[4]. Mais reste à savoir quelles seraient les conséquences de telles modifications sur l'intégrité du processus de délivrance du mandat de perquisition. En n'exigeant plus, dans tous les cas, que la «dénonciation faite sous serment» soit produite personnellement et par écrit, y aurait-il danger de saper les caractéristiques fondamentales du processus, soit les caractères judiciaire et spécifique? Bien entendu, la réponse à cette question dépend, dans une large mesure, des modalités qui s'appliqueraient à l'obtention du mandat de perquisition par téléphone ou autre moyen de télécommunication. Quoi qu'il en soit, il n'existe *a priori* aucun obstacle majeur à ce que le télémandat présente les mêmes caractères judiciaire et spécifique que le mandat traditionnel.

Pour que le télémandat présente la même spécificité que le mandat traditionnel, il suffit tout simplement de s'assurer que la «dénonciation faite sous serment» décrive de façon précise l'infraction alléguée, les choses saisissables ainsi que les lieux devant être fouillés[5]. De même, pour qu'un mandat puisse être délivré, il doit énoncer l'infraction alléguée avec suffisamment de précision pour renseigner toute personne intéressée. Le mandat doit en outre énumérer de façon assez spécifique les choses qui doivent être saisies pour que les personnes

chargées de son exécution puissent les identifier. Enfin, le mandat doit décrire les lieux qui doivent être fouillés avec suffisamment d'exactitude pour permettre de savoir, à la lecture du mandat, quels sont les lieux visés par l'autorisation. En somme, les exigences liées à la spécificité ne sont pas rigoureuses au point de ne pas pouvoir être aussi bien remplies par téléphone qu'au moyen d'une dénonciation faite sous serment et par écrit.

Par ailleurs, afin de préserver le caractère judiciaire du processus de délivrance du mandat de perquisition, il importe de respecter l'esprit, sinon la lettre, des dispositions générales du *Code criminel* régissant ce processus[6]. Par conséquent, afin que le mécanisme du télémandat n'ait pas pour effet de battre en brèche le caractère judiciaire du processus, il est essentiel:

a) que la «dénonciation faite sous serment» soit conforme aux critères de fond et de preuve (mais non aux critères de forme) prescrits à l'article 443 du *Code criminel*;

b) que la «dénonciation faite sous serment» soit transcrite (mais il n'est pas nécessaire que la transcription ait lieu avant la présentation de la demande de mandat);

c) que le mandat de perquisition soit délivré par écrit «sous le seing» du juge de paix qui donne l'autorisation, et que le mandat soit conforme aux critères de forme et de fond établis; et

d) qu'il soit fait rapport de l'exécution du mandat au juge de paix qui l'a délivré, ou à un autre juge de paix de la circonscription territoriale dans laquelle le mandat a été exécuté, ou aux deux à la fois.

Qu'elles soient prises ensemble ou séparément, ces questions ne sauraient être écartées du revers de la main. Qu'il nous soit permis de signaler, cependant, que la méfiance dont elles témoignent vise avant tout l'intégrité des juges de paix et des agents de police, et non la délivrance du mandat de perquisition au moyen du téléphone ou d'un autre moyen de télécommunication. Par conséquent, bien que nous reconnaissions le bien-fondé de ces inquiétudes, nous tenons à souligner qu'elles ne sont pas propres au mécanisme du télémandat lui-même et que, par conséquent, on ne saurait s'attendre à ce que l'adaptation du processus de délivrance des mandats de perquisition aux moyens de télécommunications modernes ne résolve ni n'aggrave ces problèmes.

Du reste, il est douteux que les pressions exercées sur le juge de paix soient plus fortes du seul fait que la dénonciation sous serment est présentée par téléphone et non en personne. Par ailleurs, il est incontestable que la dénonciation sous serment enregistrée verbalement et retranscrite par la suite constitue un dossier relatif à la demande, au même titre que la formule 1 dont l'usage est prescrit à l'article 443 du *Code criminel*. Dans ces conditions, la délivrance du mandat de perquisition resterait un mécanisme à caractère essentiellement documentaire, dans lequel le comportement du requérant continuerait d'avoir relativement peu d'importance[8]. Certes, il existe des cas d'une telle complexité que l'absence de dénonciation écrite pourrait poser des difficultés, tant pour l'agent de la paix qui doit présenter la demande que pour le juge de paix qui doit statuer sur celle-ci. Toutefois, les enquêtes complexes sont habituellement effectuées de façon beaucoup plus lente et méthodique. Par conséquent, il est peu probable que de telles enquêtes donnent lieu à des demandes de mandat par téléphone ou autre moyen de télécommunication. Le cas échéant, toutefois, et si la dénonciation de l'agent de la paix manquait de cohérence au point d'empêcher le juge de paix de statuer sur celle-ci, il appartiendrait à ce dernier de rejeter la demande.

Somme toute, nous sommes d'avis que le mécanisme du télémandat ne risque pas de porter atteinte de façon marquée aux caractères judiciaire et spécifique que comporte actuellement la délivrance des mandats de perquisition.

2. Recommandations et commentaires

On peut soutenir que même s'il présentait les caractères judiciaire et spécifique requis, le mécanisme du télémandat n'en constituerait pas moins une menace grave à l'intégrité du processus de délivrance. Par exemple, les juges de paix ne seraient-ils pas exposés aux pressions des agents de police qui, au milieu de la nuit, désirent obtenir un mandat de perquisition de toute urgence? Le fait de ne pas exiger la comparution personnelle de l'agent ne priverait-il pas le juge de paix de la possibilité d'observer son comportement et, partant, n'attaquerait-il

pas le caractère judiciaire du processus? En outre, l'absence de dénonciation écrite sous serment n'irait-elle pas à l'encontre des critères de spécificité relatifs à l'infraction, aux lieux qui doivent être fouillés et aux choses qui doivent être saisies, surtout dans les cas complexes? Par ailleurs, ce qui est plus grave, l'absence de dénonciation faite par écrit et sous serment n'entraînerait-elle pas un relâchement de la règle fondamentale suivant laquelle il doit exister des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise et que les objets liés à la perpétration de cette infraction se trouvent à l'endroit où la perquisition doit avoir lieu? Ou pis encore, qu'en est-il des mandats de perquisition «fabriqués», c'est-à-dire du danger que les agents de police préparent frauduleusement des fac-similés de mandats de perquisition, qu'ils aient ou non l'intention d'obtenir l'autorisation judiciaire après la perquisition[7]?

RECOMMANDATION

1. La Partie XIII du *Code criminel* devrait être modifiée par remplacement, aux alinéas 443(1)*a*) et *b*), de l'expression «à la présente loi» par l'expression «à la présente loi ou à toute autre loi du Parlement».

La question de savoir si l'on peut délivrer des mandats de perquisition en vertu de l'article 443 relativement à des infractions qui ne sont pas prévues par le *Code criminel* a fait l'objet de nombreux litiges[9]. Si le Parlement avait adopté le Bill C-21, intitulé *Loi de 1978 modifiant le droit criminel*, la réponse à cette question aurait été affirmative. En effet, l'article 58 du projet de loi remplaçait l'expression «à la présente loi» employée aux alinéas 443(1)*a*) et *b*) par l'expression «à la présente loi ou à toute autre loi du Parlement». Nous proposons une modification analogue, mais en nous appuyant sur d'autres motifs.

La modification proposée aux alinéas 443(1)*a*) et *b*) vise trois objectifs. Premièrement, veiller à ce que la procédure de délivrance des télémandats soit modelée sur celle qui, à notre sens, est à l'heure actuelle la plus appropriée, soit l'article 443 du *Code criminel*. Nous privilégions le modèle proposé à l'article 443 par opposition à celui des mandats délivrés en vertu de l'article 181 relativement à la perquisition des maisons de jeu, de pari et de débauche, lesquels n'ont pas à être précédés d'une dénonciation faite sous serment ni d'une description des objets à saisir. Deuxièmement, par l'effet de cette modification, les

mandats de perquisition classiques et les télémandats seraient utilisés non seulement à l'égard des infractions prévues par le *Code criminel* mais également pour faciliter les enquêtes relatives aux infractions à la *Loi sur les stupéfiants*, la *Loi des aliments et drogues* et d'autres lois fédérales. Troisièmement, la modification écarte toute possibilité que se multiplient des règles en matière de télémandat, chacune de ces règles comportant ses justifications et sa procédure propres.

RECOMMANDATION

2. Le *Code criminel* devrait être modifié par insertion des dispositions suivantes relatives aux mandats de perquisition par téléphone ou par d'autres moyens de télécommunication:

443.1(1) Lorsqu'un agent de la paix a des raisons de croire que le fait de comparaître personnellement devant un juge de paix pour demander la délivrance d'un mandat de perquisition en vertu de l'article 443 est matériellement impossible, il peut faire une dénonciation sous serment par téléphone ou par d'autres moyens de télécommunication.

L'établissement d'un mécanisme de rechange pour la délivrance de mandats de perquisition suppose nécessairement que l'on précise *quand* le recours à ce mécanisme serait permis et *qui* pourrait y avoir recours. Nous pensons que le mécanisme du télémandat n'est que le résultat d'une lente adaptation de la procédure de délivrance des mandats de perquisition à la réalité de la technologie moderne des communications. C'est pourquoi il n'y a, selon nous, aucune raison d'en limiter l'utilisation à une catégorie restreinte de cas de nécessité. Toutefois, nous ne sommes pas portés non plus à considérer le télémandat comme un moyen facile dont disposeraient les agents de la paix désireux d'obtenir une autorisation judiciaire. Nous proposons plutôt qu'en règle générale, le télémandat soit délivré chaque fois que le temps ou la distance rendent matériellement impossible la comparution personnelle du requérant devant un juge de paix[10].

De même, puisque nous sommes certains que l'existence du télémandat n'affaiblit en rien le caractère judiciaire et spécifique de la procédure, il n'y a aucune raison d'accorder à un fonctionnaire judiciaire dont les pouvoirs sont plus vastes que ceux d'un juge de paix la compétence exclusive en matière de délivrance de ces mandats. Étant donné que dans certaines provinces, la délivrance des mandats de perquisition relève de la compétence des juges des cours provinciales,

le régime légal que nous proposons pour la délivrance de ces mandats tiendrait également compte de la situation dans chaque province en ce qui a trait à la désignation des fonctionnaires judiciaires compétents.

Nous ne recommandons pas l'adoption de dispositions limitatives quant au moment de la délivrance des télémandats ni quant aux personnes chargées de les délivrer, mais en vertu du paragraphe 443.1(1), dont nous proposons l'insertion, seuls les agents de la paix peuvent demander la délivrance de mandats de perquisition par téléphone ou par d'autres moyens de télécommunication. Par contre, toute personne, qu'elle soit simple citoyen ou agent de la paix, peut demander la délivrance d'un mandat de perquisition en vertu de l'article 443 du *Code criminel* et l'exécuter. Dans notre document de travail n° 30: *Les pouvoirs de la police: les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal*, nous recommandons que les simples citoyens puissent continuer à demander la délivrance de mandats de perquisition mais que l'exécution de ces mandats relève exclusivement des agents de la paix. Nous considérons toutefois que dans le cas des télémandats, les agents de la paix devraient être à la fois requérants et exécutants. Nous pensons que cette restriction s'impose étant donné que le mécanisme du télémandat est censé faciliter à l'agent de la paix l'accès auprès d'un juge de paix. D'autres raisons pour cette restriction sont mises en évidence dans les recommandations qui suivent. Celles-ci visent principalement à maintenir l'intégrité de la procédure de délivrance des télémandats.

> **(2) Toute dénonciation faite par téléphone ou par d'autres moyens de télécommunication doit être faite sous serment et consignée textuellement par le juge de paix qui, aussitôt que possible, fait verser au dossier du greffe de la cour dans la circonscription territoriale où le mandat est censé être exécuté, une transcription de l'enregistrement sur laquelle il a certifié l'heure, la date et le contenu de la dénonciation.**

Cette disposition exige que toute demande par téléphone ou par d'autres moyens de télécommunication pour la délivrance d'un mandat de perquisition soit accompagnée d'une dénonciation faite sous serment. En outre, en vertu de cette disposition, le juge de paix est tenu d'enregistrer la demande et d'en verser la transcription certifiée au dossier.

Dans la plupart des cas, la demande de délivrance du télémandat serait enregistrée sur bande magnétique. La consignation sténogra-

phique ou manuscrite serait également permise. Le mode de consignation a peu d'importance. Cependant, il importe que la consignation soit textuelle, qu'elle soit faite par le juge et qu'une transcription en soit faite, aussitôt que possible, puis certifiée par le juge et versée au dossier.

Le paragraphe 443.1(2) prévoit qu'une transcription certifiée de l'enregistrement de la demande doit être versée au dossier du greffe de la cour dans la circonscription territoriale où le mandat est censé être exécuté. Il eût été possible de prévoir le versement de la transcription au dossier du greffe de la cour dans la circonscription territoriale où le mandat a été délivré. Cependant, il deviendra évident, à la lumière des recommandations qui suivent, que nous tenons à ce que les occupants des lieux qui font l'objet de la perquisition puissent légitimement consulter la dénonciation sous serment, le mandat (ou le fac-similé du mandat) ainsi que le procès-verbal d'exécution du mandat remis par l'agent de la paix. Afin de faciliter cette consultation, nous croyons que la circonscription territoriale où le mandat a été exécuté est le lieu le plus approprié pour la conservation des dossiers. En outre, toute poursuite relative à l'enquête est susceptible d'être intentée dans cette circonscription territoriale et il est plus facile pour l'agent de la paix de verser au dossier son procès-verbal d'exécution du mandat dans cette circonscription territoriale.

(3) Aux fins du paragraphe (2), on peut faire prêter serment à une personne par téléphone ou par d'autres moyens de télécommunication.

Le paragraphe 443.1(3) n'est qu'une disposition particulière relative à la prestation des serments par téléphone ou par d'autres moyens de télécommunication. Elle ne vise, de toute évidence, qu'à faciliter l'attestation de la dénonciation produite au soutien de la demande de délivrance du télémandat.

(4) Une dénonciation sous serment qui est faite par téléphone ou par d'autres moyens de télécommunication doit contenir l'énoncé

***a)* des circonstances qui rendent matériellement impossible la comparution personnelle de l'agent de la paix devant le juge de paix;**

***b)* de l'infraction imputée, des lieux faisant l'objet de la perquisition et des objets qui sont tenus pour saisissables; et**

c) des motifs, suivant les termes des alinéas 443(1)*a*), *b*) ou *c*), qu'a l'agent de la paix de croire que les objets saisissables relativement à l'infraction imputée se trouvent dans les lieux faisant l'objet de la perquisition.

Lorsqu'il cherche à obtenir la délivrance d'un mandat de perquisition par téléphone ou par d'autres moyens de télécommunication, l'agent de la paix désire avant tout être exempté de l'obligation de comparaître personnellement devant le juge de paix et de déposer une dénonciation sous serment par écrit. Ainsi, l'alinéa 443.1(4)*a*) que nous proposons oblige le requérant, soit l'agent de la paix, à convaincre le juge que les circonstances rendent sa comparution personnelle matériellement impossible et que, par voie de conséquence, il serait raisonnable de le décharger de cette obligation. Étant donné que l'acceptation ou le refus d'accorder une telle exemption comporte l'exercice par le juge de son pouvoir discrétionnaire, les faits sur lesquels le juge se base pour exercer ce pouvoir discrétionnaire devraient être inscrits au dossier.

Par ailleurs, l'alinéa 443.1(4)*b*) impose également, relativement à la procédure de délivrance des télémandats, une condition qui ne figure pas actuellement à l'article 443 du *Code criminel*. Cette disposition vise essentiellement à faire la distinction entre les éléments de fond de la dénonciation (soit la nature de l'infraction imputée, les lieux faisant l'objet de la perquisition et les objets à saisir) et les éléments de preuve (soit les motifs de croire qu'une infraction a été commise et que les objets saisissables relativement à cette infraction se trouvent dans les lieux visés par la perquisition). Étant donné qu'une dénonciation sous serment faite verbalement est susceptible d'être plus confuse qu'une dénonciation faite par écrit, nous sommes d'avis qu'il est tout particulièrement important d'énoncer séparément ces éléments dans la dénonciation.

Enfin, l'alinéa 443.1(4)*c*) ne vise qu'à assurer la conformité des autres éléments de la dénonciation avec les critères de preuve et de temps qui sont énoncés à l'article 443 en ce qui a trait à la délivrance des mandats de perquisition classiques.

(5) Lorsqu'un juge de paix est convaincu qu'une dénonciation faite sous serment par téléphone ou par d'autres moyens de télécommunication

a) est conforme aux exigences du paragraphe 443.1(4),

b) énonce des motifs raisonnables d'exempter le requérant de l'obligation de présenter personnellement une dénonciation faite par écrit, et

c) énonce des motifs raisonnables de délivrer un mandat de perquisition,

il peut délivrer à un agent de la paix un mandat de perquisition qui confère à ce dernier la même autorisation de perquisitionner et de faire une saisie qu'un mandat délivré en vertu du paragraphe 443(1).

Le paragraphe 443.1(5) oblige le juge de paix à répondre à deux questions avant de décider si les motifs de délivrer un télémandat de perquisition ont été suffisamment prouvés. Premièrement, la dénonciation contient-elle les renseignements prévus au paragraphe 443.1(4) relativement aux circonstances qui rendent matériellement impossible la comparution personnelle de l'agent de la paix, à l'infraction imputée, aux lieux devant faire l'objet de la perquisition et aux objets à saisir, et aux motifs sur lesquels l'agent de la paix se fonde pour croire que les objets saisissables relativement à l'infraction imputée se trouvent dans les lieux devant faire l'objet de la perquisition? Deuxièmement, les motifs raisonnables justifiant l'exemption de l'obligation de présenter en personne une demande par écrit sont-ils mentionnés dans la dénonciation?

Après avoir répondu favorablement à ces deux questions, le juge de paix doit alors décider si la dénonciation énonce des motifs raisonnables justifiant la délivrance d'un mandat de perquisition. Il peut ensuite délivrer le mandat sous réserve toutefois des dispositions du paragraphe 443(1) relativement aux pouvoirs de perquisition et de saisie qui y sont prévus.

(6) Le juge de paix qui délivre un mandat en vertu du paragraphe 443.1(5)

a) remplit et signe le mandat selon la formule 5.1, en y indiquant l'heure, la date et le lieu de délivrance;

b) ordonne à l'agent de la paix de remplir, en double exemplaire, un fac-similé du mandat selon la formule 5.1 en y indiquant le nom du juge qui l'a délivré ainsi que l'heure, la date et le lieu de délivrance;

c) ordonne à l'agent de la paix d'inscrire sur le fac-similé du mandat l'avis suivant:

À l'occupant des lieux: Ce mandat de perquisition a été délivré par téléphone ou par un autre moyen de télécommunication. Si vous désirez connaître les raisons pour lesquelles ce mandat a été délivré, vous pouvez vous procurer une copie de la «dénonciation sous serment» en vous adressant au greffier du tribunal de la circonscription territoriale où le mandat a été exécuté, à l'adresse suivante: [_adresse_].

Vous pouvez également obtenir une copie du procès-verbal remis par l'agent de la paix qui a exécuté le mandat en vous adressant au greffier du tribunal. Ce procès-verbal énumère les objets, s'il en est, qui ont été saisis et mentionne le lieu où ils sont gardés.

***d*) fait ensuite verser le mandat au dossier du greffe de la cour dans la circonscription territoriale où le mandat est censé être exécuté.**

Le paragraphe 443.1(6) énonce les formalités de la délivrance d'un mandat de perquisition par téléphone ou par d'autres moyens de télécommunication. En vertu de l'alinéa 443.1(6)*a*), le juge doit remplir et signer l'original du mandat. Il est vrai que pour des raisons d'ordre pratique, les mandats de perquisition sont habituellement préparés par l'agent de la paix lui-même ou en son nom. Toutefois, dans le cas des mandats de perquisition traditionnels, il n'y a aucun danger que le libellé du mandat soit modifié entre le moment de sa délivrance et le moment de son exécution. Étant donné que ce danger existe dans le cas des télémandats, nous recommandons que la rédaction du document original relève exclusivement du juge.

L'alinéa 443.1(6)*a*) précise également que ce mandat *doit* être rédigé selon la formule 5.1. Cette disposition déroge au libellé du paragraphe 443(3) du *Code criminel* qui dispose que le mandat «*peut* être rédigé selon la formule 5». Nous recommandons l'utilisation obligatoire de la formule 5.1 proposée parce qu'il est essentiel d'éviter les problèmes, sur le plan de la forme, qui nous ont été signalés lors de notre consultation sur les pratiques en matière de mandats de perquisition dans cinq villes canadiennes. Dans l'ensemble, environ 25 pour cent des mandats de perquisition examinés par notre groupe consultatif composé de juges de cours supérieures et de cours d'appel ont été jugés entachés de nullité et ce, uniquement pour vices de forme. Dans la plupart des cas, ces vices résultaient de lacunes dans les modifications apportées par les agents de la paix à la formule 5 du *Code criminel* relativement aux mandats délivrés en vertu de l'article 443 et en vertu

de certaines lois comme la *Loi sur les stupéfiants* et la *Loi des aliments et drogues* qui n'offrent aucun modèle de mandat.

De même, l'alinéa 443.1(6)*b*) prévoit que le fac-similé du mandat, que l'agent de la paix doit préparer suite à l'ordonnance du juge, doit être fait selon la formule 5.1. Le requérant et le juge de paix qui délivre le mandat devraient normalement préparer le mandat et les fac-similés en remplissant un exemplaire imprimé de la formule 5.1 proposée. Bien entendu, il peut arriver que le juge ou l'agent de la paix, faute de formulaires, soit obligé de rédiger le mandat ou les fac-similés du mandat à la main. Nous croyons cependant que ce petit inconvénient est largement compensé par la légalité de la délivrance du télémandat qui découle de l'utilisation obligatoire de la formule 5.1 que nous proposons.

Les alinéas *a*) et *b*) du paragraphe 443.1(6) prévoient également l'obligation d'indiquer l'heure, la date et le lieu de délivrance du mandat sur l'original et les fac-similés. Ces indications sont une mesure de protection additionnelle contre les différences qui pourraient surgir entre le mandat tel que délivré et le fac-similé tel qu'exécuté.

L'avis prévu à l'alinéa 443.1(6)*c*) anticipe sur les dispositions des paragraphes 443.1(7) et (8) en ce qui a trait à l'obligation de laisser une copie du fac-similé à l'occupant des lieux qui font l'objet d'une perquisition ou de l'afficher lorsque ces lieux sont inoccupés. Les raisons d'une telle obligation sont discutées plus loin dans nos commentaires sur ces dispositions. Toutefois, plusieurs raisons pratique nous poussent à recommander l'inscription de cet avis sur le fac-similé.

Premièrement, il y a un avantage certain à informer l'occupant des lieux que le document qui lui est présenté (ou qui est laissé sur les lieux) est une copie conforme d'un mandat de perquisition autorisé par le juge et délivré par téléphone ou par un autre moyen de télécommunication. Ainsi, la première phrase de l'avis informe l'occupant de ce fait et dissipe tout doute que pourrait susciter la mention du nom du juge de paix qui a décerné le mandat au lieu de sa signature.

Deuxièmement, comme nous l'avons mentionné précédemment, nous pensons qu'il faut faciliter à l'occupant des lieux l'accès à la dénonciation faite sous serment, au mandat (ou au fac-similé) ainsi qu'au procès-verbal d'exécution du mandat remis par l'agent de la paix. En termes pratiques, l'accès à de tels renseignements n'est possible que si l'occupant des lieux sait où aller consulter ces docu-

ments. En vertu du paragraphe 443.1(2) des règles que nous proposons pour les télémandats, une transcription certifiée de la demande verbale doit être versée au dossier du greffe de la cour dans la circonscription territoriale où le mandat est censé être exécuté. Ainsi, la seconde phrase de l'avis prévu à l'alinéa 443.1(6)*c*) ne fait que fournir à l'occupant l'adresse du lieu où il peut obtenir une copie de la dénonciation produite au soutien de la demande de délivrance d'un télémandat.

Troisièmement, l'avis prévu à l'alinéa 443.1(6)*c*) anticipe sur la disposition du paragraphe 443.1(9) en ce qui a trait à la présentation par l'agent de la paix du procès-verbal d'exécution du mandat. Ainsi, le deuxième paragraphe de l'avis (443.1(9)*b*)) informe l'occupant des lieux qu'il peut se renseigner sur les objets, s'il en est, qui ont été saisis de même que sur l'endroit où ils sont gardés en obtenant une copie du procès-verbal d'exécution du mandat rédigé par l'agent de la paix.

Par ailleurs, tout comme le paragraphe 443.1(2) prévoit l'obligation de verser au dossier la transcription de la dénonciation, l'alinéa *d*) du paragraphe 443.1(6) prévoit l'obligation de verser au dossier l'original du mandat. Bien entendu, quelle que soit la circonscription territoriale désignée pour la conservation de ces documents, celle du lieu de la délivrance du mandat ou celle du lieu de son exécution, il importe que la circonscription territoriale soit la même pour l'ensemble de ces documents.

> **(7) Avant d'entrer dans les lieux ou dès que possible après y être entré, l'agent de la paix qui exécute un mandat de perquisition délivré par téléphone ou autre moyen de télécommunication remet un fac-similé du mandat à quiconque s'y trouve et dont le pouvoir sur les lieux est manifeste.**

À l'heure actuelle, l'agent de la paix qui exécute un mandat de perquisition n'a qu'une obligation très restreinte de donner à l'occupant des renseignements au sujet des raisons pour lesquelles il entre chez lui. Son devoir se borne à montrer le mandat à la personne visée lorsque cela est requis en vertu du paragraphe 29(1) du *Code criminel*:

> Quiconque exécute un acte judiciaire ou un mandat est tenu de l'avoir sur soi, si la chose est possible, et de le produire lorsque demande lui en est faite.

Le paragraphe 29(1) garantit, dans une certaine mesure, aux personnes visées par le mandat que la perquisition a été autorisée. Il est cependant insuffisant à deux égards. En premier lieu, il n'y a

obligation de produire le mandat que dans la mesure où il est possible pour l'agent de la paix de l'avoir sur lui. En deuxième lieu, il n'est pas nécessaire, aux termes du paragraphe 29(1), que le mandat soit produit au début de la perquisition; c'est pourtant à cette étape qu'il importe le plus d'être assuré de la légalité de la perquisition. Et soit dit en passant, les tribunaux canadiens n'ont jamais déclaré d'aucune façon que le mandat devait être produit au début de la perquisition ou aussitôt que possible.

Dans notre document de travail n° 30 intitulé *Les pouvoirs de la police: les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal*, nous recommandons l'instauration d'une telle règle à l'égard de l'exécution des mandats de perquisition classiques; nous croyons en effet que la meilleure façon de confirmer à l'occupant l'autorisation judiciaire de la perquisition consiste à lui présenter une copie du mandat avant le début de la perquisition ou aussitôt que possible par la suite. Bien sûr, cela permet également à l'occupant de savoir avec précision quels sont les lieux visés par la perquisition et quels objets peuvent être saisis.

Les mêmes assurances, à l'égard de la légalité de la perquisition et de la portée de l'atteinte aux droits ainsi autorisée, sont sans doute encore plus nécessaires dans le cas des télémandats que dans celui des mandats classiques, surtout à cause de la nouveauté du mécanisme et de l'absence du mandat original. C'est pourquoi nous recommandons la remise d'un fac-similé du mandat à une personne qui se trouve sur les lieux et dont le pouvoir sur ces lieux est manifeste.

> **(8) L'agent de la paix qui exécute, dans des lieux inoccupés, un mandat de perquisition délivré par téléphone ou autre moyen de télécommunication y affiche, d'une manière convenable et bien en vue, un fac-similé du mandat au moment où il entre dans les lieux ou dès que possible après y être entré.**

Les paragraphes 443.1(7) et (8) imposent des obligations semblables à l'agent de la paix qui exécute un télémandat, mais le second concerne les perquisitions dans les lieux inoccupés. Les personnes chez qui l'on entre et perquisitionne en leur absence sont en droit, selon nous, d'en être informées et de savoir de quelle façon la perquisition a été autorisée. Qu'il s'agisse de lieux occupés ou non, la remise d'un fac-similé du mandat constitue, croyons-nous, la meilleure confirmation de la légalité de la perquisition. Et l'avis dont nous proposons l'adjonction au fac-similé du mandat est la meilleure façon, selon nous, de permettre à l'occupant de savoir pourquoi il y a eu une

perquisition chez lui et, le cas échéant, quels objets ont été saisis et où ils sont gardés.

> **(9) L'agent de la paix à qui un mandat de perquisition a été délivré par téléphone ou autre moyen de télécommunication remet dans les trois jours de la délivrance, au greffier du tribunal de la circonscription territoriale dans laquelle le mandat devait être exécuté, un procès-verbal où sont inscrits les renseignements suivants :**
>
> > ***a*) la date et l'heure auxquelles le mandat a été exécuté et, s'il n'a pas été exécuté, les raisons pour lesquelles il ne l'a pas été;**
> >
> > ***b*) les objets saisis, le cas échéant, en vertu du mandat et l'endroit où ils sont gardés à ce moment;**
> >
> > ***c*) les objets qui ont été saisis, le cas échéant, sans être mentionnés dans le mandat, de même que l'endroit où ils sont gardés à ce moment, ainsi que les motifs pour lesquels l'agent de la paix croyait que ces objets avaient été obtenus par suite de la perpétration d'une infraction ou avaient été employés à la perpétration d'une infraction.**

Les mandats décernés en vertu du paragraphe 443(1) du *Code criminel* obligent l'agent de la paix à «transporter [les objets saisis] devant le juge de paix qui a décerné le mandat, ou quelque autre juge de paix de la même circonscription territoriale, afin qu'il en dispose d'après la loi». Comme l'indique le préfixe «télé», il sera souvent impossible, en pratique, d'insister sur le respect intégral de cette exigence dans le cas de saisies faites en vertu d'un télémandat. De toute façon, il est souvent impossible d'amener devant le juge de paix des objets saisis en vertu de mandats classiques; c'est le cas, par exemple, lorsqu'il y a saisie d'une grande quantité de documents, ou saisie de bétail ou de denrées périssables. Soulignons simplement, pour l'instant, que l'on peut atteindre plus facilement le même objectif, à savoir imposer, dans une certaine mesure, à l'agent de la paix l'obligation de rendre compte à un représentant de l'ordre judiciaire de la saisie d'objets en vertu d'une autorisation judiciaire, en l'obligeant à remettre un procès-verbal. C'est pourquoi nous estimons inutile d'exiger que les objets saisis en vertu d'un télémandat soient transportés devant un juge de paix, et nous croyons opportun d'obliger plutôt l'agent de la paix à remettre un procès-verbal au greffier du tribunal de la circonscription territoriale où le mandat devait être exécuté.

Le paragraphe 443.1(9) ne propose toutefois pas simplement un moyen plus pratique de signaler à un représentant de l'ordre judiciaire quels objets ont été saisis. Ce qui est sans doute le plus important dans cette disposition, c'est qu'elle fixe une limite à la durée du télémandat; à l'heure actuelle, il n'existe pas de telle limite à l'égard des mandats classiques. De notre point de vue, le mécanisme du télémandat vise les cas où la nécessité d'obtenir un mandat est tellement urgente qu'il est matériellement impossible à l'agent de la paix de se présenter en personne devant le juge de paix. Il paraît par conséquent raisonnable d'exiger une certaine proximité temporelle entre la délivrance et l'exécution du télémandat. À défaut d'une telle proximité, on risque de voir la perquisition effectuée dans des circonstances très différentes de celles qui justifient une demande par téléphone ou autre moyen de télécommunication, ou encore, de celles qui ont incité le juge de paix à autoriser la perquisition par un mandat judiciaire.

Nous avons fixé à trois jours le délai dans lequel le mandat doit être exécuté et le procès-verbal remis. Cela semble représenter un laps de temps raisonnable, surtout si l'on tient compte des résultats de l'enquête que nous avons effectuée, dans cinq villes, au sujet des pratiques en matière de mandats de perquisition: 82,5 pour cent de tous les mandats de type classique ont été exécutés dans les deux jours de leur délivrance; en outre, 97,1 pour cent des mandats traditionnels comportant une date d'expiration ont été exécutés dans un délai d'une journée. Ces données nous permettent de conclure que, premièrement, le fait de fixer un délai obligatoire réduit de beaucoup le laps de temps entre le moment de la délivrance et celui de l'exécution et, deuxièmement, qu'un délai de trois jours pour l'exécution du mandat et la remise du procès-verbal, constitue une limite raisonnable à la durée du télémandat.

Aux termes de l'alinéa *a*) du paragraphe 443.1(9), le procès-verbal doit porter mention de la date et de l'heure de l'exécution ou, si le mandat n'a pas été exécuté, des raisons pour lesquelles il ne l'a pas été. À l'heure actuelle, les policiers ont l'habitude d'inscrire sur le mandat la date et l'heure à laquelle il a été exécuté: il n'y a donc rien à ajouter, sans doute, au sujet de l'alinéa 443.1(9)*a*). Mais il est moins fréquent que l'on remette un procès-verbal lorsque le mandat, pour une raison ou pour une autre, n'a pas été exécuté. Nous estimons que ces deux formalités, dont aucune n'est actuellement requise à l'égard des mandats classiques, devraient être rendues obligatoires dans le cas des télémandats. Par

l'effet de l'alinéa 443.1(9)*a*), toutes les circonstances pertinentes ayant entouré l'exécution (ou la tentative d'exécution) d'un télémandat seraient, en raison de leur incidence éventuelle sur une action civile ou pénale, consignées au dossier et inscrites sur le procès-verbal du mandat.

L'alinéa 443.1(9)*b*) reprend tout simplement, en leur donnant une forme compatible avec les termes de l'avis proposé au paragraphe 443.1(6), les règles du common law et du *Code* concernant le procès-verbal qui doit être remis à la suite de l'exécution d'un mandat de perquisition.

L'alinéa 443.1(9)*c*) est lié à la Recommandation 3 de la deuxième partie du présent rapport: par le moyen d'une modification à l'article 445 du *Code criminel*, nous proposons de conférer aux agents de la paix chargés d'exécuter un télémandat, les mêmes pouvoirs que ceux dont ils sont investis, à l'heure actuelle, lors de l'exécution d'un mandat classique, à savoir, saisir des objets non mentionnés sur le mandat, mais qu'ils croient, pour des motifs raisonnables, avoir été obtenus par suite de la perpétration d'une infraction ou avoir été employés à la perpétration d'une infraction. Dans de tels cas, nous proposons toutefois que le procès-verbal remis après la perquisition porte mention des objets saisis en plus des objets mentionnés dans le mandat, de même que des motifs pour lesquels l'agent de la paix croyait que ces objets étaient saisissables en vertu de l'article 445 du *Code criminel*.

> **(10) Dès que possible, le greffier à qui un procès-verbal est remis en conformité du paragraphe (9) fait en sorte que le procès-verbal, ainsi que la dénonciation faite sous serment et le mandat auquel il a trait, soient remis à un juge de paix, qui prend les mêmes dispositions que s'il s'agissait d'un mandat délivré par ce juge de paix ou par un autre juge de paix de la même circonscription territoriale.**

Aux termes des paragraphes 443.1(2) et (9) ainsi que de l'alinéa 443.1(6)*d*), le mandat, joint au procès-verbal de la perquisition, doit être remis au greffier du tribunal de la circonscription territoriale dans laquelle il devait être exécuté. En vertu du paragraphe 443.1(10), le greffier du tribunal doit ensuite remettre le dossier complet à un juge de paix, pour qu'une ordonnance soit rendue, en conformité de l'article 446 du *Code criminel*, au sujet de la rétention ou de la disposition des choses saisies.

(11) Un mandat de perquisition délivré par téléphone ou autre moyen de télécommunication ne peut être attaqué pour la seule raison que les circonstances ne pouvaient raisonnablement exempter de l'obligation de soumettre une dénonciation en personne et par écrit.

Le paragraphe 443.1(11) énonce clairement que l'acceptation, par le juge de paix, des motifs pour lesquels l'agent de la paix croyait que dans les circonstances, il était raisonnable d'être exempté de l'obligation de soumettre une dénonciation en personne et par écrit (une décision qui ne touche pas la question fondamentale, à savoir l'existence de motifs raisonnables pour la délivrance du mandat), ne peut constituer un motif de contestation de la validité du mandat par la suite.

(12) Dans tous les cas où il importe que le tribunal soit convaincu qu'une fouille, une perquisition ou une saisie a été autorisée en vertu d'un mandat délivré par téléphone ou autre moyen de télécommunication, l'absence de la dénonciation faite sous serment, transcrite et attestée par le juge de paix quant à l'heure, à la date et au contenu, ou du mandat original, signé par le juge de paix et portant mention de la date, de l'heure et du lieu de délivrance, constitue une preuve suffisante à première vue que la fouille, la perquisition ou la saisie n'a pas été autorisée en vertu d'un mandat de ce type.

Le paragraphe 443.1(12) souligne l'importance considérable que nous attachons à la conservation de la dénonciation faite sous serment, dûment transcrite et attestée, et du mandat original, avec la signature et la mention requises. Si des poursuites sont intentées par la suite au civil ou au pénal, l'absence de la transcription requise de la demande, ou du mandat original, constituera une preuve suffisante à première vue que la fouille, la perquisition ou la saisie n'a pas été autorisée en vertu d'un mandat.

Il serait possible, bien sûr, d'énoncer des conséquences plus rigoureuses, par exemple l'exclusion de tout élément de preuve obtenu en vertu d'un télémandat délivré ou exécuté en contravention des dispositions de l'article 443.1, sans égard à la gravité de la violation en question. Dans le même esprit, il serait possible de prévoir l'exclusion, ou encore les conséquences énoncées au paragraphe 443.1(12), pour les cas où l'agent de la paix ne remet pas le procès-verbal prescrit par le paragraphe 443.1(9), ou lorsque le

greffier ne soumet pas le dossier complet à un juge de paix, ainsi que le prescrit le paragraphe 443.1(10).

Nous avons toutefois préféré recommander une sanction plus légère, dont l'application serait en outre limitée aux cas où n'a pas été produite, dans les formes prescrites, l'une ou l'autre des deux pièces essentielles des perquisitions et saisies autorisées judiciairement : la dénonciation présentée et le mandat délivré.

Si nous insistons pour que la dénonciation et le mandat puissent être produits en preuve, c'est essentiellement pour deux raisons. Premièrement, comme nous l'avons déjà mentionné dans la première partie du présent rapport, nous estimons essentiel pour assurer la constitutionnalité de l'exercice, par la police, des pouvoirs de fouille, de perquisition et de saisie, que les motifs le justifiant soient jugés raisonnables, au préalable, par un représentant de l'ordre judiciaire, sur la base d'une dénonciation spécifique faite sous serment. C'est pourquoi nous avons dit clairement que les perquisitions devraient normalement être autorisées en vertu d'un mandat, les seules exceptions étant les cas de nécessité reconnue et de consentement donné en connaissance de cause. Vu cette prise de position, il est évident que selon nous, le fait de ne pas produire le mandat original, ou la transcription attestée de la dénonciation sur la base de laquelle il a manifestement été délivré, constitue une preuve suffisante à première vue que la fouille ou la perquisition n'a pas été autorisée en vertu d'un mandat délivré en conformité de l'article 443.1.

En deuxième lieu, l'enquête sur les mandats de perquisition effectuée dans cinq villes a permis de constater que trop souvent, les dossiers sont si mal tenus qu'il est impossible de retrouver et de rassembler les dénonciations et les mandats correspondants. Bien sûr, notre enquête a précédé l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et il est permis de croire que les dispositions de cette dernière à l'égard des fouilles, perquisitions et saisies abusives ont déjà pu susciter, chez les juges de paix, une certaine amélioration dans la tenue des dossiers. Mais les lacunes que nous avons pu constater avaient trait à des mandats de perquisition classiques, à savoir des mandats dont la délivrance a eu lieu dans la circonscription territoriale où elle avait été demandée. De toute évidence, un régime qui rendrait possible la délivrance d'un mandat de perquisition dans une circonscription territoriale et son exécution dans une autre, et qui rendrait obligatoire de classer ensemble les dénonciations, les mandats et les procès-verbaux correspondants dans la circonscrip-

tion territoriale où le mandat est exécuté, imposerait aux greffiers et aux juges de paix d'accorder une bien plus grande minutie à la classification des documents nécessaires.

Le paragraphe 443.1(12) accorde une importance considérable à la tenue et à la conservation des dénonciations et des mandats. À notre avis, l'adoption de règles moins sévères compromettrait d'une façon importante l'intégrité de la procédure que nous proposons en matière de délivrance et d'exécution des télémandats. En l'absence du mandat original, avec la signature et les mentions requises, ou de la dénonciation sur la base de laquelle il a été délivré, dûment transcrite et attestée, il est difficile de penser qu'il serait possible d'attaquer avec succès les fouilles, perquisitions et saisies pratiquées en vertu d'un télémandat, ou que les tribunaux pourraient véritablement en apprécier la légalité.

RECOMMANDATION

> **3. La Partie XIII du *Code criminel* devrait être modifiée par remplacement des mots «de l'article 443», aux articles 444 et 445, par les mots «des articles 443 ou 443.1», par remplacement des mots «à l'article 443», à l'article 446, par les mots «aux articles 443 ou 443.1» et par remplacement des mots «l'article 443», à l'article 447, par les mots «les articles 443 ou 443.1».**

Les modifications proposées à la Recommandation 3 visent simplement à garantir la conformité, à tous autres égards, des mandats de perquisition délivrés par téléphone ou par autre moyen de télécommunication avec les mandats de perquisition traditionnels. Ainsi, en vertu de la modification proposée à l'égard de l'article 444, les mandats de perquisition, qu'ils soient délivrés en vertu de l'article 443 ou de l'article 443.1, ne pourraient être exécutés que de jour, «à moins que le juge de paix, par le mandat, n'en autorise l'exécution de nuit».

De même, les modifications proposées à l'égard des articles 445 et 447 ont pour seul but de conférer aux agents de la paix chargés de l'exécution d'un télémandat les mêmes pouvoirs que ceux dont ils disposent à l'heure actuelle pour l'exécution des mandats classiques, à savoir le pouvoir de saisir des choses non mentionnées dans le mandat, mais qu'ils croient, pour des motifs raisonnables, avoir été obtenues par suite de la perpétration d'une infraction ou avoir été employées à la perpétration d'une infraction, et le pouvoir de saisir

une substance explosive qu'ils soupçonnent être destinée à servir à une fin illégale.

Quant à la modification proposée à l'égard de l'article 446, elle rend applicables aux objets saisis en vertu d'un télémandat les dispositions relatives à la rétention, la conservation, la production et la disposition des objets saisis par le moyen d'un mandat délivré en vertu de l'article 443, ou en vertu des pouvoirs conférés par l'article 445.

RECOMMANDATION

4. La Partie XXV du *Code criminel* devrait être modifiée par adjonction de la Formule 5.1 qui suit.

(Voir page suivante)

FORMULE 5.1

MANDAT DE PERQUISITION (Article 443.1)

Canada,
Province de [*mentionner la province*]
[*Circonscription territoriale dans laquelle le mandat est délivré*].

À A.B. et aux autres agents de la paix de [*circonscription territoriale dans laquelle le mandat doit être exécuté*]:

Attendu qu'il appert de la déposition sous serment de A.B., agent de la paix de [*circonscription territoriale dans laquelle le mandat doit être exécuté*] qu'il existe des motifs raisonnables pour lesquels il n'est pas nécessaire de présenter une dénonciation en personne et par écrit; et qu'il existe des motifs raisonnables de croire que les choses suivantes
[*description des objets que l'on veut rechercher*]

présentant un intérêt pour l'enquête relative à l'infraction suivante
[*description de l'infraction relative à laquelle la perquisition doit être faite*]

se trouvent dans les lieux suivants
[*description des lieux où l'on veut perquisitionner*]:

À ces causes, les présentes ont pour objet de vous autoriser et obliger, dans les trois jours de la délivrance du présent mandat, à entrer entre les heures de [*selon que le juge de paix l'indique*], dans lesdits lieux et de rechercher et saisir lesdites choses et de remettre un procès-verbal de perquisition et de saisie au greffier du tribunal de [*circonscription territoriale dans laquelle le mandat doit être exécuté*].

Délivré à [*heure*], le [*jour*] de [*mois*], en l'an de grâce [*année*], à [*lieu*].

.....
Juge de paix/
Juge de la Cour provinciale
dans et pour la Province de
[*mentionner la province*].

***À l'occupant des lieux*: Ce mandat de perquisition a été délivré par téléphone ou par un autre moyen de télécommunication. Si vous désirez connaître les raisons pour lesquelles ce mandat a été délivré, vous pouvez vous procurer une copie de la «dénonciation sous serment» en vous adressant au greffier du tribunal de la circonscription territoriale où le mandat a été exécuté, à l'adresse suivante: [*adresse*].**

Vous pouvez également obtenir une copie du procès-verbal remis par l'agent de la paix qui a exécuté le mandat en vous adressant au greffier du tribunal. Ce procès-verbal énumère les objets, s'il en est, qui ont été saisis et mentionne le lieu où ils sont gardés.

Renvois

1. ARIZONA: Ariz. Rev. Stat. Ann., art. 13-3914(C), - 3915(C), (1978); CALIFORNIE: Cal. Pen. Code, art. 1526(b), 1528(b), (West. Supp. 1974); MONTANA: Mont. Code Ann., art. 46-5-202, (1979); NEW YORK: N.Y. Crim. Proc. Law, art. 690.35-690.36 (M^{c}Kinney, 1982); NOUVELLE-GALLES DU SUD: *Poisons Act*, N.S.W. Stat., N^{o} 88, art. 43A, (1981).

2. ÉTATS-UNIS: U.S. National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals, *Report on the Police*, Washington, U.S. Government Printing Office, 1973. À la recommandation 4.2, intitulée [TRADUCTION] «L'obtention des mandats de perquisition par téléphone», on a recommandé avec insistance [TRADUCTION] «que chaque État adopte un texte de loi prévoyant que les mandats de perquisition puissent être délivrés par suite de demandes et de déclarations faites sous serment par les agents de police au moyen du téléphone». Voir également les *Federal Rules of Criminal Procedure*, St. Paul (Minn.), West Publishing Co., 1981, règle 41(c)(2), ainsi que J. H. Israel, "Legislative Regulation of Searches and Seizures: The Michigan Proposals" (1975), 73 *Mich. L. Rev.* 221, p. 258 à 263, 304 et 305.

   AUSTRALIE: Law Reform Commission of Australia, *Criminal Investigation, Report No. 2: An Interim Report*, Canberra, Australian Government Publishing Service, 1975, par. 201-202. Les recommandations de la commission de réforme du droit de l'Australie ont été intégrées au *Criminal Investigation Bill, 1977*, à l'article 62 puis, sous une forme modifiée, au *Criminal Investigation Bill, 1981*, à l'article 59.

3. Au paragraphe 443(1) du *Code criminel*, il est question d'une «dénonciation faite sous serment suivant la formule 1», ce qui implique clairement que la demande de mandat de perquisition doit être faite par écrit. À strictement parler, cependant, ni la loi ni le common law n'exigent que le dénonciateur comparaisse personnellement devant le juge de paix. Tout au plus s'agit-il là d'une exigence d'ordre pratique, dans la mesure où le juge de paix peut souhaiter interroger verbalement le dénonciateur. Les faits additionnels qui peuvent ainsi être divulgués doivent être déclarés sous serment et inscrits sur la formule 1. Par

ailleurs, il va sans dire que l'interrogatoire du dénonciateur ne peut avoir d'intérêt que s'il a lieu en présence du juge de paix, et ce n'est que dans ce cas que le dénonciateur peut être assermenté de nouveau si la dénonciation est modifiée. C'est donc pour des raisons pratiques que la demande de mandat de perquisition est habituellement produite personnellement par le dénonciateur.

4. Voir, par exemple, *People* v. *Aguirre* (1972), 103 Cal. Rptr. 153, où l'obtention d'un mandat de perquisition par téléphone n'a demandé que douze minutes.

5. Pour une étude approfondie des exigences de la loi en ce qui a trait aux dénonciations et aux mandats, voir Lee Paikin, *La délivrance des mandats de perquisition* [un document d'étude préparé pour la Commission de réforme du droit du Canada], Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1981.

6. Articles 443 à 447.

7. Pour une description de ces pratiques, voir Richard V. Ericson, *Making Crime: A Study of Detective Work*, Toronto, Butterworths, 1981, p. 153 et 154.

8. Voici le début du paragraphe 443(1): «Un juge de paix qui est convaincu, à la suite d'une dénonciation faite sous serment suivant la formule 1 ...». On considère généralement que ces mots font de la délivrance du mandat de perquisition un mécanisme de nature exclusivement documentaire, dans lequel la preuve soumise au juge de paix est limitée au contenu de la dénonciation faite sous serment. Voir *Re United Association of Journeymen and Apprentices of Plumbing and Pipefitting Industry of U.S. and Canada and the Queen* (1972), 8 C.C.C. (2d) 364 (C.S. C.-B.). Voir également les motifs du juge d'appel Roach (dissident) dans l'affaire *Re Worrall* (1965), 2 C.C.C. 1 (C.A. Ont.).

   Certes, le comportement du dénonciateur pourrait à l'occasion avoir une certaine importance, si minime soit-elle, surtout dans le cas où le juge de paix tenterait d'obtenir plus de détails en interrogeant verbalement le dénonciateur. En soi, cependant, la possibilité d'observer le comportement du dénonciateur ne fait pas partie des exigences de forme, de fond ou de preuve relatives à la délivrance des mandats de perquisition.

9. Pour un bref historique de ce débat, voir Lee Paikin, *La délivrance des mandats de perquisition*, précité, note 5, p. 18 à 21.

10. Les modalités du recours au mécanisme du télémandat varient considérablement dans les pays où ce mécanisme a été adopté ou

recommandé. La position la plus restrictive est sans doute celle qui a été proposée par le "Committee of Michigan Bar Commissioners", suivant laquelle l'agent de la paix ne peut être dispensé de comparaître personnellement que lorsque a) le magistrat a des motifs raisonnables de croire que le délai nécessaire à la comparution est susceptible d'entraîner la perte ou la destruction des objets recherchés, et b) lorsque la demande a été approuvée par l'avocat chargé de la poursuite. Voir le paragraphe 5[4] des "Proposed Provisions on Search and Seizure", dont le texte figure en annexe de l'article de J. H. Israel, intitulé "Legislative Regulation of Searches and Seizures: The Michigan Proposals", précité, note 2.

Le Montana a adopté une législation presque aussi restrictive. En vertu du paragraphe 46-5-202(3), précité, note 1, les agents chargés de l'application de la loi ne peuvent s'adresser directement au fonctionnaire judiciaire approprié. Le requérant doit d'abord convaincre le procureur de l'État ou le sous-procureur a) que la délivrance d'un mandat est justifiée et b) que les circonstances exigent sa délivrance immédiate. Ensuite, le procureur de l'État contacte un juge par téléphone et lui déclare qu'il est convaincu qu'un mandat devrait être délivré par téléphone. Le juge contacte alors l'agent par téléphone, au numéro que lui a donné le procureur de l'État et entend sa demande.

En revanche, la position la plus large semble être celle qui est proposée dans le *Criminal Investigation Bill, 1981* de l'Australie et celle que l'on retrouve dans le *Poisons Act* de 1981, de la Nouvelle-Galles du Sud. Le projet de loi prévoit que la demande de mandat de perquisition peut être faite par téléphone [TRADUCTION] «lorsque, en raison de circonstances urgentes, [l'agent de police] estime qu'il est nécessaire de procéder de cette façon» (par. 59(1)). En vertu de la loi adoptée en Nouvelle-Galles du Sud, les agents de police peuvent librement contacter par téléphone un magistrat afin d'obtenir un mandat. Voir l'article 43A du *Poisons Act, 1981*, précité, note 1. Les régimes en vigueur en Californie et dans l'État de New York ont eux aussi un effet semblable. Ils ne restreignent nullement l'accès à la procédure de délivrance d'un télémandat lorsqu'une exemption de l'obligation de présenter par écrit une déclaration sous serment est jugée raisonnable. Il est simplement prévu dans ces deux États qu'une demande sous serment peut être faite par écrit ou oralement. L'aspect le plus important de ces régimes tient sans doute au fait qu'ils prévoient qu'une dénonciation sous serment peut être présentée oralement, soit par téléphone, etc., ou *soit* lors d'une comparution en personne devant un magistrat.

Entre ces deux positions extrêmes se trouve la règle 41(c)(2) des *Federal Rules of Criminal Procedure* américaines, précitées, note 2, qui énonce, à la disposition (A), qu'un magistrat fédéral peut délivrer un mandat par suite d'une déposition verbale faite sous serment par

téléphone ou autre moyen approprié [TRADUCTION] «si les circonstances sont telles qu'il est raisonnable de ne pas exiger une déclaration faite par écrit et sous serment». Ainsi, la règle 41(c)(2)(A) confère exclusivement au magistrat fédéral le pouvoir discrétionnaire de décider si le requérant a démontré que les circonstances étaient telles qu'il serait raisonnable de ne pas exiger de déclaration faite par écrit et sous serment. Il importe de souligner que les règles fédérales ne limitent pas l'application du pouvoir discrétionnaire du magistrat au cas où la comparution personnelle de l'agent de la paix est matériellement impossible. En conséquence, un magistrat pourrait, dans le cas où la comparution personnelle de l'agent serait matériellement impossible, juger néanmoins que les circonstances ne justifient pas que l'agent de la paix soit dispensé de comparaître personnellement, à cause de la complexité de l'enquête, par exemple.

Dans le présent rapport, nous avons élaboré un mécanisme permettant la délivrance des mandats de perquisition par téléphone ou autre moyen de télécommunication. Ce mécanisme n'est ni aussi restrictif que les modèles du Michigan et du Montana, ni aussi large que ceux de Californie, de l'État de New York et de l'Australie. Suivant nos propositions, l'opportunité du recours au télémandat est déterminée par le juge de paix qui doit, pour cela, être convaincu que la dénonciation faite sous serment par l'agent de la paix énonce des motifs raisonnables justifiant que l'agent soit dispensé de présenter sa demande personnellement et par écrit. Cependant, comme nous le verrons plus loin dans notre proposition relative à l'alinéa 443.1(5)(*b*), la décision du juge de paix sur l'existence de motifs raisonnables de dispenser l'agent de la paix de présenter la dénonciation personnellement et par écrit ne consiste pas tout simplement à déterminer s'il est matériellement impossible à ce dernier de comparaître. Le requérant est tenu de divulguer les circonstances qui rendent sa comparution matériellement impossible, mais le juge de paix n'est pas tenu d'accepter ces motifs. Et même s'il reconnaît le bien-fondé de ces motifs, le juge de paix n'est pas tenu non plus de dispenser l'agent de la paix de présenter sa dénonciation personnellement et par écrit. En fait, selon nos propositions, le pouvoir discrétionnaire dont jouit le juge de paix relativement à la comparution personnelle de l'agent de la paix est analogue à celui dont il dispose lorsqu'il s'agit de déterminer s'il doit délivrer le mandat de perquisition.

Afin de déterminer les modalités du recours au mécanisme du télémandat, nous avons cherché un moyen terme entre la position trop restrictive et la position trop large. Ainsi, suivant nos recommandations, il n'est pas nécessaire, pour avoir recours au télémandat, de démontrer qu'il existe des motifs raisonnables de croire que le délai nécessaire à la comparution personnelle de l'agent est susceptible d'entraîner la perte ou la destruction d'éléments de preuve ou de biens liés à la perpétration d'une infraction. Nous n'avons pas non plus

recommandé la participation obligatoire du procureur de la Couronne. En revanche, nous n'avons pas facilité le recours au mécanisme du télémandat au point où la décision d'y avoir recours appartiendrait exclusivement à l'agent de la paix et non au juge de paix. Par ailleurs, nos recommandations ne vont pas aussi loin que les lois de Californie et de l'État de New York, lesquelles permettent au magistrat de ne pas exiger de déclaration faite par écrit et sous serment, même lorsque l'agent de la paix se trouve devant lui.

Si nous avons évité la position trop restrictive, c'est, dans une large mesure, parce que nous croyons que les règles contenues dans nos recommandations confèrent au mécanisme du télémandat les mêmes caractères judiciaire et spécifique qu'au mandat traditionnel, en tant qu'instrument de fouille, de perquisition et de saisie. Les restrictions que nous avons imposées découlent en grande partie du fait que selon nous, la décision de dispenser l'agent de la paix de comparaître personnellement et de présenter une dénonciation écrite devrait appartenir exclusivement au juge de paix. En outre, nous sommes d'avis qu'avant de faciliter davantage le recours au mécanisme du télémandat, il y aurait lieu de s'assurer que de telles modifications n'auraient pas pour effet d'imposer un fardeau trop lourd aux juges de paix.

PARTIE TROIS:

SOMMAIRE

DES

RECOMMANDATIONS

PARTIE UN: Le mandat de main-forte

Nous recommandons l'abolition immédiate du mandat de main-forte, par des modifications à la *Loi sur les stupéfiants*, la *Loi des aliments et drogues*, la *Loi sur les douanes* et la *Loi sur l'accise*.

Nous recommandons en outre que tous les mandats de main-forte présentement en vigueur soient immédiatement soumis à l'Administrateur de la Cour fédérale du Canada en vue de leur annulation immédiate.

Nous recommandons en outre la modification du paragraphe 134(1) de la *Loi sur les douanes* afin de permettre la délivrance de mandats de perquisition pouvant être exécutés de jour ou, sur présentation de motifs raisonnables, de nuit; nous recommandons également l'abrogation du paragraphe 134(3) de la *Loi sur les douanes*, de façon à abolir le pouvoir des préposés de pénétrer dans une maison sans mandat lorsqu'aucun juge de paix ne peut être trouvé dans un rayon de cinq milles des lieux où doit avoir lieu la perquisition .

PARTIE DEUX: Le télémandat

1. La Partie XIII du *Code criminel* devrait être modifiée par remplacement, aux alinéas 443(1)*a*) et *b*), de l'expression «à la présente loi» par l'expression «à la présente loi ou à toute autre loi du Parlement».

2. Le *Code criminel* devrait être modifié par insertion des dispositions suivantes relatives aux mandats de perquisition par téléphone ou par d'autres moyens de télécommunication:

443.1(1) Lorsqu'un agent de la paix a des raisons de croire que le fait de comparaître personnellement devant un juge de paix pour demander la délivrance d'un mandat de perquisition en vertu de l'article 443 est matériellement impossible, il peut faire une dénonciation sous serment par téléphone ou par d'autres moyens de télécommunication.

(2) Toute dénonciation faite par téléphone ou par d'autres moyens de télécommunication doit être faite sous serment et consignée textuellement par le juge de paix qui, aussitôt que possible, fait verser au dossier du greffe de la cour dans la circonscription territoriale où le mandat est censé être exécuté, une transcription de l'enregistrement sur laquelle il a certifié l'heure, la date et le contenu de la dénonciation.

(3) Aux fins du paragraphe (2), on peut faire prêter serment à une personne par téléphone ou par d'autres moyens de télécommunication.

(4) Une dénonciation sous serment qui est faite par téléphone ou par d'autres moyens de télécommunication doit contenir l'énoncé

a) des circonstances qui rendent matériellement impossible la comparution personnelle de l'agent de la paix devant le juge de paix;

b) de l'infraction imputée, des lieux faisant l'objet de la perquisition et des objets qui sont tenus pour saisissables; et

c) des motifs, suivant les termes des alinéas 443(1)*a*), *b*) ou *c*), qu'a l'agent de la paix de croire que les objets saisissables

relativement à l'infraction imputée se trouvent dans les lieux faisant l'objet de la perquisition.

(5) Lorsqu'un juge de paix est convaincu qu'une dénonciation faite sous serment par téléphone ou par d'autres moyens de télécommunication

***a*) est conforme aux exigences du paragraphe 443.1(4),**

***b*) énonce des motifs raisonnables d'exempter le requérant de l'obligation de présenter personnellement une dénonciation faite par écrit, et**

***c*) énonce des motifs raisonnables de délivrer un mandat de perquisition,**

il peut délivrer à un agent de la paix un mandat de perquisition qui confère à ce dernier la même autorisation de perquisitionner et de faire une saisie qu'un mandat délivré en vertu du paragraphe 443(1).

(6) Le juge de paix qui délivre un mandat en vertu du paragraphe 443.1(5)

***a*) remplit et signe le mandat selon la formule 5.1, en y indiquant l'heure, la date et le lieu de délivrance;**

***b*) ordonne à l'agent de la paix de remplir, en double exemplaire, un fac-similé du mandat selon la formule 5.1 en y indiquant le nom du juge qui l'a délivré ainsi que l'heure, la date et le lieu de délivrance;**

***c*) ordonne à l'agent de la paix d'inscrire sur le fac-similé du mandat l'avis suivant:**

***À l'occupant des lieux*: Ce mandat de perquisition a été délivré par téléphone ou par un autre moyen de télécommunication. Si vous désirez connaître les raisons pour lesquelles ce mandat a été délivré, vous pouvez vous procurer une copie de la «dénonciation sous serment» en vous adressant au greffier du tribunal de la circonscription territoriale où le mandat a été exécuté, à l'adresse suivante: [*adresse*].**

Vous pouvez également obtenir une copie du procès-verbal remis par l'agent de la paix qui a exécuté le mandat en vous adressant au greffier du tribunal. Ce procès-verbal énumère les objets, s'il en est, qui ont été saisis et mentionne le lieu où ils sont gardés.

d) fait ensuite verser le mandat au dossier du greffe de la cour dans la circonscription territoriale où le mandat est censé être exécuté.

(7) Avant d'entrer dans les lieux ou dès que possible après y être entré, l'agent de la paix qui exécute un mandat de perquisition délivré par téléphone ou autre moyen de télécommunication remet un fac-similé du mandat à quiconque s'y trouve et dont le pouvoir sur les lieux est manifeste.

(8) L'agent de la paix qui exécute, dans des lieux inoccupés, un mandat de perquisition délivré par téléphone ou autre moyen de télécommunication y affiche, d'une manière convenable et bien en vue, un fac-similé du mandat au moment où il entre dans les lieux ou dès que possible après y être entré.

(9) L'agent de la paix à qui un mandat de perquisition a été délivré par téléphone ou autre moyen de télécommunication remet dans les trois jours de la délivrance, au greffier du tribunal de la circonscription territoriale dans laquelle le mandat devait être exécuté, un procès-verbal où sont inscrits les renseignements suivants :

a) la date et l'heure auxquelles le mandat a été exécuté et, s'il n'a pas été exécuté, les raisons pour lesquelles il ne l'a pas été;

b) les objets saisis, le cas échéant, en vertu du mandat et l'endroit où ils sont gardés à ce moment;

c) les objets qui ont été saisis, le cas échéant, sans être mentionnés dans le mandat, de même que l'endroit où ils sont gardés à ce moment, ainsi que les motifs pour lesquels l'agent de la paix croyait que ces objets avaient été obtenus par suite de la perpétration d'une infraction ou avaient été employés à la perpétration d'une infraction.

(10) Dès que possible, le greffier à qui un procès-verbal est remis en conformité du paragraphe (9) fait en sorte que le procès-verbal, ainsi que la dénonciation faite sous serment et le mandat auquel il a trait, soient remis à un juge de paix, qui prend les mêmes dispositions que s'il s'agissait d'un mandat délivré par ce juge de paix ou par un autre juge de paix de la même circonscription territoriale.

(11) Un mandat de perquisition délivré par téléphone ou autre moyen de télécommunication ne peut être attaqué pour la seule raison que les circonstances ne pouvaient raisonnablement exempter de l'obligation de soumettre une dénonciation en personne et par écrit.

(12) Dans tous les cas où il importe que le tribunal soit convaincu qu'une fouille, une perquisition ou une saisie a été autorisée en vertu d'un mandat délivré par téléphone ou autre moyen de télécommunication, l'absence de la dénonciation faite sous serment, transcrite et attestée par le juge de paix quant à l'heure, à la date et au contenu, ou du mandat original, signé par le juge de paix et portant mention de la date, de l'heure et du lieu de délivrance, constitue une preuve suffisante à première vue que la fouille, la perquisition ou la saisie n'a pas été autorisée en vertu d'un mandat de ce type.

3. La Partie XIII du *Code criminel* devrait être modifiée par remplacement des mots «de l'article 443», aux articles 444 et 445, par les mots «des articles 443 ou 443.1», par remplacement des mots «à l'article 443», à l'article 446, par les mots «aux articles 443 ou 443.1» et par remplacement des mots «l'article 443», à l'article 447, par les mots «les articles 443 ou 443.1».

4. La Partie XXV du *Code criminel* devrait être modifiée par adjonction de la Formule 5.1 qui suit.

(Voir page suivante)

FORMULE 5.1

MANDAT DE PERQUISITION (Article 443.1)

Canada,
Province de [*mentionner la province*]
[*Circonscription territoriale dans laquelle le mandat est délivré*].

À A.B. et aux autres agents de la paix de [*circonscription territoriale dans laquelle le mandat doit être exécuté*]:

Attendu qu'il appert de la déposition sous serment de A.B., agent de la paix de [*circonscription territoriale dans laquelle le mandat doit être exécuté*] qu'il existe des motifs raisonnables pour lesquels il n'est pas nécessaire de présenter une dénonciation en personne et par écrit; et qu'il existe des motifs raisonnables de croire que les choses suivantes

[*description des objets que l'on veut rechercher*]

présentant un intérêt pour l'enquête relative à l'infraction suivante

[*description de l'infraction relative à laquelle la perquisition doit être faite*]

se trouvent dans les lieux suivants

[*description des lieux où l'on veut perquisitionner*]:

À ces causes, les présentes ont pour objet de vous autoriser et obliger, dans les trois jours de la délivrance du présent mandat, à entrer entre les heures de [*selon que le juge de paix l'indique*], dans lesdits lieux et de rechercher et saisir lesdites choses et de remettre un procès-verbal de perquisition et de saisie au greffier du tribunal de [*circonscription territoriale dans laquelle le mandat doit être exécuté*].

Délivré à [*heure*], le [*jour*] de [*mois*], en l'an de grâce [*année*], à [*lieu*].

.....
Juge de paix/
Juge de la Cour provinciale
dans et pour la Province de
[*mentionner la province*].

***À l'occupant des lieux*: Ce mandat de perquisition a été délivré par téléphone ou par un autre moyen de télécommunication. Si vous désirez connaître les raisons pour lesquelles ce mandat a été délivré, vous pouvez vous procurer une copie de la «dénonciation sous serment» en vous adressant au greffier du tribunal de la circonscription territoriale où le mandat a été exécuté, à l'adresse suivante: [*adresse*].**

Vous pouvez également obtenir une copie du procès-verbal remis par l'agent de la paix qui a exécuté le mandat en vous adressant au greffier du tribunal. Ce procès-verbal énumère les objets, s'il en est, qui ont été saisis et mentionne le lieu où ils sont gardés.